



Universidade de Brasília - UnB
Faculdade de Direito - FD

LUÍSA RODRIGUES FERREIRA

**Execução Provisória da Pena:
análise dos argumentos da Suprema Corte à luz da teoria de Dworkin**

Brasília - DF
2016

LUÍSA RODRIGUES FERREIRA

**Execução Provisória da Pena:
análise dos argumentos da Suprema Corte à luz da teoria de Dworkin**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade
de Direito da Universidade de Brasília – UnB.

Orientador: Prof. Dr. Jorge Octávio Lavocat Galvão

Brasília/DF

2016

LUÍSA RODRIGUES FERREIRA

**Execução Provisória da Pena:
análise dos argumentos da Suprema Corte à luz da teoria de Dworkin**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade
de Direito da Universidade de Brasília – UnB.

Orientador: Prof. Dr. Jorge Octávio Lavocat Galvão

Banca Examinadora

Prof. Dr. Jorge Octávio Lavocat Galvão (Orientador)

Prof. Dr. Mamede Said Maia Filho (Membro da Banca)

Prof. Dr. Othon de Azevedo Lopes (Membro da Banca)

Brasília, dezembro de 2016.

RESUMO

A execução provisória da pena foi alvo de intensos debates no Supremo Tribunal Federal, que já alterou seu entendimento algumas vezes desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. O posicionamento mais recente da Corte, que assentou a possibilidade da prisão antes do trânsito em julgado, dividiu a comunidade jurídica entre apoiadores e críticos da decisão. Destacou-se a argumentação utilizada pelo Tribunal para se chegar a esse novo entendimento, caracterizada por um viés político, que priorizou a busca pelo bem-estar geral da comunidade em detrimento do princípio constitucional da presunção da inocência. Nesse contexto, o presente trabalho visa analisar a decisão do Supremo nas cautelares das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 à luz da teoria do filósofo do Direito Ronald Dworkin, segundo o qual, os juízes sempre devem tomar decisões com base em argumentos de princípio, de modo a proteger os direitos individuais. Para o desenvolvimento do presente estudo, foram feitas pesquisas bibliográficas do autor, além da análise da argumentação dos votos dos Ministros vencedores nas ações declaratórias. Ao final, conclui-se que a referida decisão do Supremo Tribunal Federal não poderia ser considerada legítima sob a perspectiva da teoria de Dworkin, na medida em que se fundou em argumentos de política, que flexibilizaram o princípio da presunção de inocência em nome da efetividade da jurisdição penal.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44; Presunção de inocência; Execução provisória da pena; Ronald Dworkin; Argumentos de princípio.

ABSTRACT

The provisional execution of the criminal sentence has been subject of intense debate in the Supreme Court, which has changed its understanding a few times since the enactment of the 1988 Federal Constitution. The most recent position of the Court, due to the possibility of arrest before the final decision, divided legal community between supporters and critics of the decision. It was highlighted the political arguments used by the Court to reach this new understanding, which prioritized the good of the community instead of the constitutional principle of presumption of innocence. In this context, the present work aims to analyze the Supreme Court's decision on the Declaratory Action of Constitutionality 43 and 44 in the light of Ronald Dworkin's theory, according to which, judges must always take decisions based on principle arguments, in order to protect individual rights. For the development of the present study, bibliographical researches of the author were done, besides the analysis of the argumentation of the votes of the winning ministers in the declaratory actions. In the end, it is concluded that the aforementioned decision of the Supreme Court could not be considered legitimate from the perspective of Dworkin's theory, since it was based on political arguments, which relaxed the principle of presumption of innocence on behalf of effectiveness of criminal jurisdiction.

Keywords: Supreme Court; Declaratory Action of Constitutionality 43 and 44; Presumption of innocence; Provisional execution of the sentence; Ronald Dworkin; Arguments of principle.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. O princípio da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro ...	10
1.1. Histórico internacional	10
1.2. Histórico brasileiro.....	11
1.2.1. Plano constitucional	12
1.2.2. Plano infraconstitucional	17
2. A evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre o tema	21
2.1. Período anterior ao julgamento do <i>Habeas Corpus</i> 84.078/MG	21
2.2. O julgamento do <i>Habeas Corpus</i> 84.078/MG	23
2.3. O julgamento do <i>Habeas Corpus</i> 126.292/SP	29
2.4. As Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44	32
3. A Teoria de Dworkin: Argumentos de Política e Argumentos de Princípio.....	33
3.1. Concepções do direito: o direito como integridade.....	35
3.2. Modelos de comunidade política: a comunidade de princípios	36
3.3. Estado de Direito: a concepção centrada nos direitos.....	37
4. Análise crítica do julgamento das cautelares das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44	43
4.1. Votos vencidos	45
4.2. Votos vencedores.....	48
4.2.1. O direito como integridade e a força do precedente	49
4.2.2. Argumentos de política: o descrédito da sociedade no sistema de justiça criminal, a (in)efetividade da jurisdição penal e o quadro de impunidade	51
4.2.3. Ponderação entre presunção de inocência e efetividade da jurisdição penal.....	56
4.2.4. A atuação do Poder Judiciário nessa perspectiva	60
CONSIDERAÇÕES FINAIS	65
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	70

INTRODUÇÃO

A execução provisória da pena privativa de liberdade, entendida como aquela que ocorre antes do trânsito em julgado da condenação, excetuadas as prisões cautelares, foi alvo de intensos debates no Supremo Tribunal Federal, que já mudou de orientação algumas vezes desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. A controvérsia gira em torno do alcance do princípio da presunção de inocência, insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição e no art. 283 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 12.403/2011.

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a mencionar expressamente o princípio, de modo que, até então, sua aplicação ficava a cargo da jurisprudência e da doutrina, que, para tanto, embasavam-se na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Pela história conturbada da política brasileira, o princípio não teve nenhuma força durante o Estado Novo e a ditadura militar, pelo contrário, o indivíduo que insurgisse contra o Estado era automaticamente presumido culpado.

Desse modo, a presunção de não culpabilidade foi, juntamente com outras garantias individuais, uma conquista resultante da luta contra a repressão estatal, concretizando-se como uma das prerrogativas do Estado Democrático de Direito, que foi consolidado no Brasil a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Até 2009, o entendimento da Corte Suprema era o de que a execução provisória da pena era permitida a partir da condenação por tribunal de apelação, tendo em vista o efeito meramente devolutivo dos recursos especial e extraordinário. A partir do julgamento do HC 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, realizado em 2009, houve a primeira alteração jurisprudencial, ao se adotar a posição de que a presunção de inocência perdura até o trânsito em julgado, de modo que a execução da pena privativa de liberdade só poderia se dar nesse momento.

Entretanto, a partir do julgamento do HC 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, em 2016, o Supremo Tribunal Federal voltou a empregar o posicionamento anterior, sob à alegação de que a execução provisória da pena não fere o princípio da presunção de não culpabilidade. Esse novo entendimento ocorreu em um momento de intensa agitação política no país, já que estava em andamento a

Operação Lava-Jato, levando muitas autoridades políticas a cumprir mandado de prisão por crimes de colarinho branco. A coletividade deflagrou inúmeras manifestações contra a corrupção pelo país, exigindo a punição dos acusados.

Nesse contexto de ânsia punitivista, os Ministros utilizaram, na decisão HC 126.292, muitos argumentos que visavam proteger a sociedade. Como forma de reação a esse julgado, foram ajuizadas as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 no Supremo pelo Partido Ecológico Nacional (PEN) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), respectivamente, requerendo a declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal e a consequente vedação da execução provisória da pena privativa de liberdade.

Conforme a teoria de Ronald Dworkin, os tribunais devem tomar decisões com base em argumentos de princípio, que estabelecem um direito individual, e não em argumentos de política, que estabelecem um objetivo coletivo. As decisões estratégicas, que busquem o bem-estar geral, devem ser feitas por meio do processo político majoritário. Dentre institutos como o direito como integridade, a comunidade de princípios, o Estado de Direito centrado na concepção dos direitos e o romance em cadeia, Dworkin desenvolve um raciocínio que conduz à ilegitimidade de uma guinada jurisprudencial baseada em argumentos de política.

Neste trabalho, buscou-se reunir informações com o propósito de responder ao seguinte problema de pesquisa: a decisão do Supremo Tribunal Federal nas cautelares das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 pode ser considerada legítima à luz da teoria de Dworkin?

A execução provisória da pena é um tema ainda muito instável na jurisprudência brasileira e a mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal diante da questão, nesse ano de 2016, surpreendeu a comunidade jurídica, que se dividiu em apoiadores e críticos da decisão. Aqui reside a importância do presente trabalho, que analisará o entendimento da Corte Suprema à luz dos ensinamentos do filósofo do Direito Ronald Dworkin, que se destaca por elaborar uma teoria do Direito em que se discute o sistema jurídico como protetor de direitos individuais e como mecanismo para promover o bem comum.

Para o desenvolvimento do presente estudo, foram feitas pesquisas bibliográficas do autor, além da análise da argumentação dos votos dos Ministros vencedores nas ações declaratórias. Até o fechamento deste feito, as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 ainda não haviam sido julgadas em definitivo e o acórdão das cautelares ainda não havia sido publicado.

O presente trabalho de conclusão de curso estrutura-se em quatro capítulos. O primeiro capítulo contém uma abordagem geral do desenvolvimento do princípio da presunção de inocência até a sua consolidação no ordenamento jurídico brasileiro, analisando-se os históricos internacional e nacional do surgimento do princípio.

No segundo capítulo é trabalhada a evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre a execução provisória da pena, sendo o seu entendimento dividido em três: (i) aquele anterior ao julgamento do HC 84.078/MG; (ii) aquele proferido no julgamento do HC 84.078/MG; (iii) aquele consolidado no julgamento do HC 126.292/SP. Ao final, trata-se das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44.

Em seguida, o terceiro capítulo apresenta a teoria de Dworkin atinente a argumentos de política e argumentos de princípio, desdobrando seus ensinamentos em subtópicos, que tratam das concepções do direito, dos modelos de comunidade política e das concepções do Estado de Direito. Este capítulo objetiva demonstrar que, para o autor, uma decisão do tribunal só é legítima enquanto fundada em argumentos de princípio.

Na sequência, o quarto e último capítulo comporta uma análise crítica do julgamento das cautelares das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, sendo explorados os votos dos Ministros vencidos, mas, principalmente, as razões dos votos dos Ministros que firmaram a tese vencedora. Aqui será retratada a força do precedente no direito como integridade e serão apresentados alguns dos argumentos de política utilizados pelos Ministros do Supremo na ocasião, referentes ao descrédito da sociedade no sistema de justiça criminal, à ineficiência da jurisdição penal e ao quadro de impunidade. Além disso, será exposta a ponderação, que foi realizada em muitos dos votos vencedores, entre presunção de inocência e efetividade da jurisdição penal. Por fim, discorrer-se-á sobre como deveria ser a atuação do Poder Judiciário nessa perspectiva.

Por meio da aplicação da teoria de Dworkin ao julgamento das cautelares das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, pretende-se demonstrar que a decisão do Supremo Tribunal Federal não poderia ser considerada legítima à luz da teoria de Dworkin, na medida em que fundada em argumentos de política, que flexibilizaram o princípio da presunção de inocência em nome da efetividade da jurisdição penal.

1. O princípio da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro

1.1. Histórico internacional

Foi por meio da obra de Beccaria “Dos delitos e das penas”, de 1764, que se estabeleceu, pela primeira vez, as bases da presunção de inocência. Nas palavras do autor (2005, p. 63), “Um homem não pode ser tido como culpado antes que a sentença do juiz o declare; e a sociedade apenas lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido que ele tenha violado as normas que tal proteção foi lhe dada”.

Dessa forma, o princípio da presunção de inocência surgiu para garantir o direito de defesa do acusado, para que não fosse tratado como culpado desde o início da acusação, rompendo-se, assim, com o modelo inquisitivo do processo penal, predominante até então. Flavio Augusto Antunes (2013, p. 47) afirma que:

Com o surgimento da presunção de inocência, rompendo-se o sistema inquisitivo anterior, é a culpa que deve ser demonstrada, sendo sua prova o objeto do processo.
Sem dúvida houve uma opção garantista de se protegerem os inocentes, ainda que ao custo de eventualmente não punir algum culpado, daí surgindo o brocardo jurídico *in dubio pro reo*.

Na ordem internacional, o princípio foi inaugurado, após a Revolução Francesa, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que assim previu em seu art. 9º: “Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei”.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, o espanto derivado do cometimento de diversas atrocidades contra os cidadãos opositores do governo, bem como pelo desprezo aos direitos humanos em geral, fez com que o mundo se atentasse para a presunção de inocência, agora como uma vertente de um novo princípio, que se insculpia e se propagava na ordem jurídica internacional: a dignidade da pessoa humana (ANTUNES, 2013).

A necessidade de se reafirmar direitos e garantias individuais como forma de proteção ao indivíduo frente ao Estado inspirou a Declaração Universal dos Direitos

Humanos, que assegurou o princípio da presunção de inocência no artigo XI¹, sendo aprovada na Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948 por 48 nações, dentre elas, o Brasil. Não obstante o caráter não obrigacional da Declaração, sua importância é inegável, pois representou um norte a ser seguido pelos diversos países do mundo, tanto na elaboração de tratados internacionais, como na construção do direito interno.

Somente em 1985, com o fim do regime militar, o Brasil passou a ratificar os tratados internacionais sobre direitos humanos. Em 1992, promulgou o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, que determina, no artigo 14.2, que “Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.” Ademais, a primeira parte do artigo 8º.2² da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San Jose da Costa Rica), ratificada pelo Brasil em 1992, possui redação bastante similar.

Ainda no plano internacional, o Tratado de Roma, promulgado pelo Brasil em 2002, dispõe minuciosamente sobre o princípio da presunção de inocência em seu artigo 66³, que, inclusive, impõe expressamente à acusação o ônus da prova da culpa do acusado.

1.2. Histórico brasileiro

A presunção de inocência teve sua primeira aplicabilidade no Brasil por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que dispõe, no artigo XI.1, que “Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

¹ Artigo XI.1. “Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.”

² Artigo 8º.2. - “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. [...]”

³ Artigo 66. - 1. “Toda a pessoa se presume inocente até prova da sua culpa perante o Tribunal, de acordo com o direito aplicável. 2. Incumbe ao Procurador o ônus da prova da culpa do acusado. 3. Para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável.”

Surgiu, portanto, como um princípio geral de direito, tendo em vista a falta de previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que a Declaração Universal dos Direitos Humanos era utilizada pela doutrina e jurisprudência para embasar os institutos do *favor rei* e do *in dubio pro reo*, entendidos como desdobramentos da presunção de inocência. Porém, apenas em casos extremos era aplicado o aludido princípio, já que o próprio Código de Processo Penal de 1941 apontava, na exposição de motivos, que o juiz devia evitar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*. (ANTUNES, 2013).

A presunção de inocência foi expressamente prevista na legislação brasileira apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LVII) e, posteriormente, corroborada pelo art. 283 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 12.403/2011.

Segundo os ensinamentos de Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli (2008), o princípio no Brasil deriva de uma regra de tratamento e uma regra probatória. A regra probatória diz respeito ao ônus da acusação de provar a materialidade e autoria do crime, enquanto a regra de tratamento impõe que o acusado não pode ser tratado como condenado antes do trânsito em julgado final da sentença condenatória (art. 5º, LVII, da CRFB/88), impedindo qualquer antecipação de juízo condenatório ou de reconhecimento da culpabilidade do imputado.

1.2.1. Plano constitucional

Durante o Estado Novo, vigorou no Brasil a Constituição de 1937, que ficou conhecida como "Constituição polaca", inspirada em modelos fascistas e nazistas. Apesar de os direitos individuais estarem positivados no art. 122, logo em seguida, o art. 123⁴ impunha limites ao uso desses direitos para proteção do bem público, das necessidades da defesa, do bem-estar, da paz, da ordem coletiva e da segurança da Nação. Isso apenas demonstra que "direitos e garantias dependem do momento e do estado político, e, isoladamente, a enunciação de direitos e garantias são de

⁴ Art 123 - "A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição."

pouca valia, se não tem a servir-lhes de entorno um Estado Democrático de Direito” (BATISTI, 2009, p. 90).

O fim do Estado Novo e a redemocratização do Brasil se deram com o afastamento de Getúlio Vargas, em 1945, porém, a Constituição Federal de 1946 continuou omissa quanto ao princípio da presunção de inocência.

Em 1964, com o golpe militar, a presunção de inocência, assim como os direitos individuais em geral, foi desprezada, cabendo ao acusado provar que não estava envolvido em movimentos contrários ao regime. O Ato Institucional n. 5 suspendeu a garantia de *habeas corpus* e excluiu do Poder Judiciário a apreciação da legalidade da prisão de acusados por crimes políticos ou contra a segurança nacional. Apesar de permanecerem formalmente iguais, os direitos e institutos correlatos à presunção de inocência não tinham nenhuma aplicabilidade prática nessa época.

A Lei de Anistia de 1979, aprovada sob o governo do presidente Figueiredo, sinalizou o retorno da democracia no País. O Poder Judiciário voltou, então, a contemplar o princípio da presunção de inocência, mesmo que implicitamente, reconhecendo a prisão apenas quando estritamente necessária (ANTUNES, 2013).

Pelo contexto político vivido, a sociedade esperava o restabelecimento dos direitos e garantias individuais, suprimidos durante o governo militar, além de um posicionamento do País frente à comunidade internacional, tendo em vista que não havia qualquer norma interna que efetivasse os temas contidos nos tratados internacionais, de maneira que toda a aplicação e reconhecimento do princípio da presunção de inocência no Brasil se dava em razão da construção doutrinária e jurisprudencial que se consolidou por anos a fio (ANTUNES, 2013).

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988 representou o grande marco para a instalação de um Estado Democrático de Direito no Brasil, ao assegurar limites constitucionais à atuação estatal e prever, além de diversos direitos e garantias fundamentais, instrumentos para a sua efetiva proteção. Entre todas as Constituições existentes no País, foi a que trouxe o maior número de garantias fundamentais. O extenso rol de direitos individuais elencados no art. 5º da Lei Maior, sem contar os demais espalhados ao longo da Carta Magna, demonstram o seu caráter garantista.

Ademais, a atual ordem constitucional também consagrou a existência de *cláusulas pétreas*, limitações estabelecidas pelo poder constituinte originário ao poder de reforma constitucional, elencando mandamentos imutáveis da Constituição Federal, que constituem o núcleo mais central do projeto político-jurídico desenhado pelo texto constitucional de 1988. Tais cláusulas pétreas estão elencadas no art. 60, § 4º, da CRFB/88, destacando-se, dentre suas disposições, o inciso IV, que prevê os direitos e garantias individuais.

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a prever explicitamente o princípio da presunção de inocência, ou princípio da não culpabilidade, dispondo no inciso LVII do art. 5º que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, enquanto o inciso LXI determina que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

A redação final do inciso LVII do art. 5º da CRFB/88 é resultado do aprimoramento das versões anteriores apresentadas durante as discussões, dentre as quais debatia-se o alcance do princípio e o marco temporal de sua aplicabilidade. Nesse sentido, explica Antunes (2013, p. 62):

Em uma das reuniões da Comissão de Direitos e Garantias Individuais se trabalhou com a expressão “cidadão”, como se referido princípio só fosse aplicável aos nacionais. Em outra ocasião, previu-se que bastava a “declaração judicial” para que o acusado fosse considerado culpado, o que faria margem a discussão quanto a qual tipo de provimento jurisdicional teria o condão de romper com a presunção de inocência, e em que momento.

Importante notar, portanto, que a opção da “declaração judicial” como instrumento suficiente para que o acusado fosse considerado culpado foi visualizada e rejeitada pelo constituinte originário, que optou por prever expressamente o trânsito em julgado da condenação como marco temporal para o término da presunção de inocência.

Enquanto os tratados multilaterais internacionais ratificados pelo Brasil estabelecem a “comprovação da culpa” como termo final da presunção de inocência, a Constituição Federal de 1988 adota o trânsito em julgado para tanto. A

interpretação sistêmica dos diplomas normativos nos permite concluir que, no Brasil, deve ser considerado o termo maior, estabelecido constitucionalmente.

Isso se justifica, primeiramente, porque os direitos humanos, por sua própria natureza, não podem sofrer interpretação reducionista, premissa estabelecida no artigo 29, "b", da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969⁵, bem como no artigo 5 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos⁶. Nesse sentido, Leonir Batisti (2009, p. 226) ensina que:

o fato de um país ser signatário de um Pacto ou Convenção, de regra, não permite que utilize deste Pacto ou Convenção para reduzir direitos fundamentais já existentes no ordenamento interno.

Em síntese, interpretação de direitos humanos deve ser feita de modo a dar maior eficácia a tais direitos (...).

Além disso, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, firmado a partir do RE 466.343⁷, os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos e são aprovados pelo procedimento legislativo ordinário assumem uma posição de supralegalidade, mas de infraconstitucionalidade, na ordem hierárquica normativa brasileira.

Logo, no Brasil, a previsão constitucional deve prevalecer, no sentido de se adotar a imutabilidade da decisão condenatória como termo final da presunção de inocência.

A formulação do princípio na CRFB/88 teve inspiração na Constituição italiana, que prevê, no art. 27, que o acusado não será considerado culpado até a condenação definitiva. A Constituição Portuguesa também dispõe, em seu art. 32.2., que "Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação (...)".

⁵ Art. 29 - " Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados."

⁶ 1. "Nenhuma disposição do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou praticar quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhe limitações mais amplas do que aquelas nele previstas.

2. Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte do presente Pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau."

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 466343, Relator Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104, publicado em 05/06/2009.

Apesar da expressão negativa insculpida no inciso LVII do art. 5º da CRFB/88, de que “ninguém será considerado culpado”, entende-se que se trata, de fato, do princípio da presunção de inocência. Segundo Flavio Augusto Antunes (2013, p. 65):

ainda que se utilize da expressão “ninguém será considerado culpado” é claro que se está aí a falar de presunção de inocência. Só há duas possibilidades: ou o indivíduo é inocente ou ele é culpado. Não há um estado intermediário, segundo o texto constitucional, e, ainda, houve a decisão política de se afirmar na Constituição Federal que até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória ninguém poderá ser considerado culpado, o que vale dizer que o indivíduo mantém o seu estado de inocência até que haja decisão definitiva de condenação em sentido contrário.

Justamente por não haver um estado intermediário, não há como se falar, no contexto brasileiro, em cumprimento de “prisão-pena”⁸ antes da condenação penal definitiva. Tal silogismo implicaria dizer que um inocente (ou não culpado) poderia cumprir pena privativa de liberdade, o que representa clara transgressão ao princípio da presunção de inocência. O Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, Cesar Peluzo, ao tratar da presunção de inocência, também inadmite qualquer condição intermediária entre os estados de “inocente” e “culpado”:

É, portanto, uma garantia, no sentido de que o réu não pode ser tratado no curso do processo como se fosse culpado; deve ser tratado como se fosse inocente. É neste sentido que se presume inocente o réu: para ser tratado, pela lei, no curso do processo, como se fosse inocente! E aqui não há lugar para nenhuma pressuposição de condição intermediária, entre inocência e culpabilidade.

Trata-se de garantia constitucional de tratamento condigno do réu, enquanto não lhe sobrevenha sentença condenatória definitiva. Mas não é apenas regra de tratamento; é também a expressão máxima de um modelo de processo penal, concebido primordialmente para proteger a liberdade, e não, para punir.⁹

Logo, ou a pessoa é inocente ou é culpada. Como a Constituição Federal proibiu que alguém fosse considerado culpado antes do trânsito em julgado, tem-se que, até esse momento, a pessoa deve ser considerada inocente, vedado, assim, o início do cumprimento de qualquer pena a ela imposta. Inclusive, Aury Lopes Jr.

⁸ Fernando Capez (2015) diferencia a “prisão-pena” da “prisão sem pena”, ao afirmar que a primeira é medida penal destinada à satisfação da pretensão executória do Estado, enquanto a segunda tem natureza cautelar e destina-se a assegurar o bom desempenho da investigação criminal, do processo penal ou da futura execução da pena, ou ainda a impedir que, solto, o sujeito continue praticando delitos.

⁹ PELUSO, Cezar. **Presunção de inocência**: é preciso entender a grandeza do princípio. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 21. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/52364>>. Acesso em: 27 out. 2016.

(2012, p. 74), que tem a presunção de inocência como o postulado mais importante do processo penal, também afirma que este impera até o trânsito em julgado da condenação, devido à previsão constitucional:

Pode-se afirmar, com toda ênfase, que o princípio que primeiro impera no processo penal é o da proteção dos inocentes (débil), ou seja, o processo penal como direito protetor dos inocentes (e todos os a ele submetidos o são, pois só perdem esse *status* após a sentença condenatória transitar em julgado), pois esse é o dever que emerge da presunção constitucional de inocência prevista no art. 5º, LVII, da Constituição.

Importante ressaltar que o Código de Processo Penal foi redigido em 1941, durante um período muito conturbado da história do nosso país, acabando por espelhar o viés autoritário vigente à época, de modo a impor forte restrição a direitos e garantias individuais. No entanto, em reação a esse histórico ditatorial e cerceador de direitos, o sistema processual penal brasileiro adotou uma posição garantista a partir de 1988, tendo, desde então, a finalidade de proteção do indivíduo frente aos poderes estatais, e não o fim maior punitivo.

1.2.2. Plano infraconstitucional

Como já exposto, no âmbito infraconstitucional, o Código de Processo Penal de 1941, elaborado sob à égide de um governo ditatorial, revelava maior preocupação com a sociedade em detrimento do indivíduo. Alguns pontos da exposição de motivos do CPP brasileiro, inclusive, fazem referência expressa às garantias individuais como entraves ao prosseguimento do processo:

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de

formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal-compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal. As nulidades processuais, reduzidas ao mínimo, deixam de ser o que têm sido até agora, isto é, um meandro técnico por onde se escoia a substância do processo e se perdem o tempo e a gravidade da justiça. É coibido o êxito das fraudes, subterfúgios e alicantinas. É restringida a aplicação do in dubio pro reo. É ampliada a noção do flagrante delito, para o efeito da prisão provisória. A decretação da prisão preventiva, que, em certos casos, deixa de ser uma faculdade, para ser um dever imposto ao juiz, adquire a suficiente elasticidade para tornar-se medida plenamente assecuratória da efetivação da justiça penal.

Como bem destacado pelo autor Abhner Arabi, "colocava-se o acusado em posição de objeto da persecução penal, a ele não se assegurando garantias ou direitos fundamentais processuais, que eram vistos como entraves à eficiência do Direito Penal"¹⁰. A título de exemplo, o art. 312 do CPP¹¹, em sua redação original, exigia a decretação da prisão preventiva para crimes com penas máxima de reclusão por tempo igual ou superior a dez anos.

Ademais, o art. 594 do CPP ilustrava que a regra era a prisão, ao dispor que "O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto". Vê-se, portanto, que a condenação, mesmo que de primeiro grau, em regra, já gerava efeitos imediatos, não havendo que se falar em presunção de inocência. Este preceito foi alterado pela Lei 5.941/1973¹², que reconheceu parcamente a incidência desta garantia aos réus primários e de bons antecedentes.

Mesmo com o advento da Constituição Federal de 1988, o art. 594 do CPP, que exigia a prisão como requisito para apelar, continuou a ser aplicado pelo Supremo, que entendeu, no julgamento do HC 72366¹³, Rel. Min. Néri da Silveira, que o dispositivo havia sido recepcionado pela Lei Maior. O referido preceito foi definitivamente revogado por meio da Lei 11.719/2008, que entrou em vigor em 2008.

¹⁰ ARABI, Abhner Youssif Mota. Onda punitivista e supercriminalização do combate à corrupção. *Revista Jurídica CONSULEX*, Ano XX, p. 34-36, n. 475, 1º nov. 2016.

¹¹ Art. 312. "A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos."

¹² Art. 594 com redação dada pela Lei 5.941/73: "O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto."

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal., HC 72366, Relator Ministro Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgado em 13/09/1995, DJ 26/11/1999 PP-00084.

Em seguida, no ano de 2009, a Corte Suprema mudou seu entendimento acerca da presunção de inocência, ao julgar o *Habeas Corpus* 84.078¹⁴, Rel. Min. Eros Grau, concluindo que o princípio impedia a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado.

Nesse contexto, o legislador, recentemente, entendeu por bem alterar, mediante a Lei 12.403/2011, a redação do art. 283 do Código de Processo Penal¹⁵, buscando harmonizar a lei processual penal com a Constituição Federal de 1988, principalmente no que se refere ao inciso LVII do art. 5º, que trata justamente do princípio da não culpabilidade. O art. 283 do CPP passou a ter o seguinte teor:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

A nova redação do art. 283 afastou-se do caráter autoritário do Código de Processo Penal e deu leitura mais democrática ao dispositivo, garantindo direitos fundamentais previstos na Constituição. Afinal, não pode ser permitida uma restrição de garantias contidas na Lei Maior em razão de normas infraconstitucionais. Pelo contrário, os diplomas infraconstitucionais que devem se ajustar aos preceitos garantistas da CRFB/88. Assim declara o autor Aury Lopes Jr. (2012, p. 73):

Os dispositivos do Código de Processo Penal é o que deve ser objeto de uma releitura mais acorde aos postulados democráticos e garantistas na nossa atual Carta, sem que os direitos fundamentais nela insculpidos sejam interpretados de forma restritiva para se encaixar nos limites autoritários do Código de Processo Penal de 1941.

Na exposição de motivos do anteprojeto que deu origem ao art. 283 do CPP, consta, dentre as principais propostas do projeto de lei, “a impossibilidade de, antes da sentença condenatória transitada em julgado, haver prisão que não seja de natureza cautelar”. Além disso, a justificativa do Poder Executivo à época era a seguinte:

Finalmente é necessário acentuar que a revogação, estabelecida no projeto, dos artigos 393, 594, 595 e dos parágrafos do artigo 408, todos do Código de Processo Penal, tem como propósito definir que toda prisão, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, terá sempre caráter cautelar.

¹⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 84078, Relator Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 divulgado em 25/02/2010, publicado em 26/02/2010.

¹⁵ A redação original do art. 283 do CPP era a seguinte: “A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio”.

A denominada execução antecipada não se concilia com os princípios do Estado constitucional e democrático de direito.

Portanto, a nova redação do art. 283 do CPP eliminou qualquer dúvida quanto à possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado, vedando-a expressamente, excetuadas as de natureza cautelar. Nesse sentido, o professor Renato Marcão (2016, p. 583) afirma que:

O atual art. 283 do CPP enfatiza que ninguém poderá ser preso senão em flagrante ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, nesse caso, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva, deixando claro que não há mais qualquer possibilidade de se pensar em prisão resultante de sentença condenatória recorrível.

O mesmo entendimento é esposado pelo autor Eugênio Pacelli (2014, p. 499):

De todo modo, a atual redação do art. 283, CPP, parece mesmo fechar as portas para a execução provisória em matéria penal. O que, como regra, está absolutamente correto, em face de nossas determinações constitucionais, das quais podemos até discordar; jamais descumprir.

Assim, tanto a legislação brasileira constitucional, como a infraconstitucional, vedam a chamada execução provisória da pena, em decorrência do princípio da presunção de inocência, corroborando o caráter garantista que deve vigorar no processo penal. Nessa perspectiva, a dimensão temporal da presunção de inocência deve considerar que o estado natural da pessoa é o estado de livre, de modo que o princípio existe antes de uma acusação ou processo e vai até o final dele (BATISTI, 2009).

É possível a relativização da presunção de inocência estritamente nas hipóteses de prisão em flagrante e prisão cautelar (temporária ou preventiva), em que ocorre a ponderação do princípio frente a outros valores também protegidos constitucionalmente. Nesse sentido, apenas as razões de decretação da prisão preventiva, estabelecidas no art. 312 do CPP¹⁶, justificam a prisão cautelar no curso

¹⁶ Art. 312. "A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria." (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). Parágrafo único. "A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º)". (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

do processo. O cumprimento de pena antes do trânsito em julgado, à exceção dessas circunstâncias, configura incontestável ilegalidade.

A execução da pena privativa de liberdade é fundamentada na condenação, enquanto as prisões cautelares são fundamentadas no poder de cautela do Estado, possuindo, portanto, naturezas distintas. A execução provisória da pena traduz um meio termo que claramente transgride a presunção de inocência.

2. A evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre o tema

A matéria afeta à execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado foi objeto de grandes controvérsias no Supremo Tribunal Federal, podendo seu entendimento ser dividido em três momentos principais: (i) até 2009, antes do julgamento do *Habeas Corpus* 84.078/MG (ii) a partir de 2009, através do julgamento do mencionado *writ*, e (iii) a partir de fevereiro de 2016, quando proferida a decisão da Corte no *Habeas Corpus* 126.292/SP.

Em razão deste último julgado, foram ajuizadas as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 na Corte Suprema, tendo por objeto o art. 283 do Código de Processo Penal, com o intuito claro de pleitear a reconsideração do tribunal no último precedente supracitado.

2.1. Período anterior ao julgamento do Habeas Corpus 84.078/MG

Antes do julgamento do HC 84.078 em 2009, a jurisprudência do STF era firme no sentido de ser possível a execução da pena privativa de liberdade a partir da condenação em segunda instância, sob a alegação principal de que os recursos especial e extraordinário não possuíam efeito suspensivo, conforme disposição do art. 27, § 2º, da Lei 8.038/90¹⁷, vigente à época, bem como do art. 637 do Código de Processo Penal¹⁸. Desse modo, a Corte considerava não haver violação do princípio da presunção de inocência pelo início do cumprimento da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado¹⁹.

Nesse sentido, o principal argumento utilizado para permitir a execução provisória encontrava-se disposto em norma infraconstitucional, relacionada exclusivamente aos efeitos dos recursos especial e extraordinário, sobrepondo-se, indevidamente, ao princípio constitucional da presunção de inocência. Observa-se que, por esse entendimento, o STF contrariava o princípio da supremacia da

¹⁷ Art. 27. § 2º. "Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo."

¹⁸ Art. 637. "O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença."

¹⁹ A título de exemplo, podemos citar os seguintes precedentes: STF, HC 90645, Relator Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão Min. Menezes Direito, Primeira Turma, julgado em 11/09/2007, DJe-142 13-11-2007; STF, RHC 84846, Relator Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 19/10/2004, DJ 05-11-2004.

Constituição, segundo o qual todas as normas devem obediência à Constituição Federal e devem ser interpretadas a partir desta.

O autor Aury Lopes Júnior (2012) sustenta, nessa mesma lógica, que o processo penal é um instrumento de efetivação das garantias constitucionais, devendo ser lido à luz da Constituição, e não o contrário. Nesse sentido, afirma que atualmente existe uma “crise da teoria das fontes”, em que uma lei ordinária acaba valendo mais do que a própria Constituição, o que deve ser combatido. Assim, acredita que a legitimidade do processo penal contemporâneo depende da sua democratização, devendo ser constituído a partir da Constituição Federal de 1988.

A posição da Suprema Corte, entretanto, não era unânime, surgindo alguns posicionamentos divergentes entre os Ministros. Ilustrativamente, no julgamento da Pet-AgR 1079²⁰, o Ministério Público apontava a incoerência na interpretação do Supremo no sentido de se permitir a execução da pena privativa de liberdade desde logo, enquanto a cobrança da pena de multa deveria esperar o trânsito em julgado, razão pela qual o *Parquet* pleiteava a possibilidade de se executar a pena de multa, também, antes da preclusão maior. Argumentava que *“como poderia o legislador autorizar a execução do mais grave – a privação de liberdade – e ao mesmo tempo coibir a execução do menos grave?”*.

O Ministro Relator Sepúlveda Pertence respondeu ao questionamento da seguinte forma:

Por último, não cabe transpor para o cumprimento da pena de multa, o entendimento majoritário do Tribunal – do qual divirjo, mas que vem de ser reafirmado pelo Plenário, posto que por diferença de um voto (HC 72.366, Néri, 13.9.95) – segundo o qual a execução provisória da pena privativa de liberdade – seja como pressuposto da apelação (CPP, art. 594), seja na hipótese em que da decisão condenatória só caibam recursos sem efeito suspensivo – não é incompatível com o art. 5º, LVII, da Constituição. (...) Certo, não deixa de ser paradoxal que, desse modo, se tenha cercado de mais cuidados a execução da pena pecuniária de fácil restituição – do que a da privação da liberdade, por definição, irreparável: mas, daí, o que se extrai é um argumento a mais contra a jurisprudência firmada quanto à última, não, a possibilidade de abstrair-se, quanto à execução da multa, da exigência legal inequívoca da coisa julgada.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pet 1079 AgR, Relator Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/1996, DJ 26-04-1996.

A decisão transcrita fez referência implícita ao art. 50 do Código Penal²¹ e ao art. 164 da Lei de Execução Penal (LEP)²², que prescrevem a exigência do trânsito em julgado para a execução da pena de multa. Quanto às penas restritivas de direito, a mesma lógica era aplicada, tendo em vista que o art. 147 da LEP²³ também vindica a preclusão maior para sua execução.

Pela leitura das normas do ordenamento jurídico brasileiro, o Ministro Sepúlveda Pertence articulou que a interpretação deveria caminhar em sentido oposto ao pleiteado pelo Ministério Público, ou seja, o certo seria que as penas privativas de liberdade, mais graves e irreparáveis, fossem passíveis de execução apenas após transitadas em julgado, e não que as penas de multa sofressem flexibilidade na sua interpretação, a culminar na possibilidade de execução antes do trânsito.

Porém, mesmo nessas condições, o Supremo Tribunal continuou a decidir pela possibilidade de execução da pena privativa de liberdade ainda que pendente de decisão eventual recurso, até 2009, quando foi a julgamento o *Habeas Corpus* 84.078/MG.

2.2. O julgamento do Habeas Corpus 84.078/MG

A primeira alteração jurisprudencial acerca do tema surgiu após divergências entre as turmas do STF, o que culminou no julgamento, pelo Plenário, do *Habeas Corpus* 84.078/MG²⁴, realizado em 05/02/2009. Nessa oportunidade, concluiu-se que o princípio constitucional da presunção de inocência impedia a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado, alterando, por sete votos a quatro, o entendimento até então consolidado.

²¹ Art. 50. "A multa deve ser paga dentro de 10 (dez) dias depois de transitada em julgado a sentença."

²² Art. 164. "Extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 (dez) dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora."

²³ Art. 147. "Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares."

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 84078, Relator Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 publicado em 26/02/2010. Inteiro teor disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpup/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>, acesso em 10 Out. 2016.

No caso, o paciente havia sido denunciado por tentativa de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I e IV, c/c o artigo 14, II, todos do Código Penal). O Tribunal do Júri condenou o réu à pena de 7 anos e 6 meses de reclusão, a ser cumprido em regime inicialmente fechado, conforme decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Foi decretada a prisão preventiva em desfavor do paciente, à alegação de que o réu tinha a intenção de se fazer furtar da aplicação da lei penal, tendo em vista a suspeita de evasão levantada pelo Ministério Público. Entretanto, o paciente juntou documentos a fim de comprovar que não tinha esse intuito. Desse modo, foi impetrado *habeas corpus* com pedido de medida cautelar no Superior Tribunal de Justiça para conferir efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário, suspendendo os efeitos do decreto de prisão até a decisão definitiva do *writ*. Ao final, requeria-se a concessão da ordem definitiva para anular o decreto de prisão.

Afastados os fundamentos da prisão preventiva, o pedido liminar foi concedido e se passou a discutir, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a possibilidade de execução antecipada da pena no caso concreto. Nessa seara, a Quinta Turma do Tribunal Superior denegou a ordem de *habeas corpus*, por unanimidade, ao fundamento de que, segundo precedentes do STJ e do STF,

o princípio constitucional da não culpabilidade não inibe a constrição do *status libertatis* do réu com condenação confirmada em segundo grau, porquanto os recursos especial e extraordinário são, em regra, desprovidos de efeito suspensivo.²⁵

Contra essa decisão, foi impetrado o HC 84.078/MG no Supremo Tribunal Federal, objeto de análise do presente capítulo.

Inicialmente os autos foram remetidos à Primeira Turma do Supremo e o Ministro Relator Eros Grau votou pelo indeferimento do pedido de *habeas corpus*, na linha da jurisprudência da Corte. Entretanto, em 24/11/2004, o Ministro Carlos Britto constatou, após pedido de vista, a existência de decisões divergentes entre as Turmas a respeito do tema. Assim, sugeriu a remessa da questão ao Plenário, tendo em vista a relevância da matéria e a nova composição do Tribunal, a fim de que

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, trecho da ementa do HC 19.676, Relator Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 02/03/2004, DJ publicado em 29/03/2004.

fosse dada solução definitiva à controvérsia. Dessa forma, a Turma decidiu, por maioria de votos, afetar o pedido de *habeas corpus* a julgamento do Tribunal Pleno.

Na ocasião, o Ministro Relator Eros Grau²⁶ proferiu o voto vencedor, alterando seu juízo inicial, ao afirmar que, após reflexão a propósito da matéria, estava inteiramente convicto de que o entendimento até então adotado pelo Supremo deveria ser revisto.

Iniciou seu voto fazendo uma comparação entre dispositivos do Código de Processo Penal, da Lei de Execução Penal (LEP) e da Constituição Federal de 1988, com o intuito de solucionar o suposto conflito de normas apresentado.

O art. 637 do CPP dispunha que o recurso extraordinário não era dotado de efeito suspensivo, de modo que os autos originais deveriam baixar à primeira instância para a imediata execução da sentença. Por outro lado, a Lei 7.210/1984 condicionava a execução da pena privativa de liberdade (art. 105), bem como a execução da pena restritiva de direitos (art. 147), ao trânsito em julgado da sentença condenatória, dispondo, ainda, que a certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado valeria como título executivo judicial (art. 164).

Diante da contradição entre as normas supramencionadas, o Ministro valeu-se do art. 5º, LVII, da CRFB/88, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” para concluir que as disposições da Lei de Execução Penal, além de adequadas à ordem constitucional vigente, sobrepunham-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP, razão pela qual deveriam ser aplicadas em detrimento deste.

Em seguida, apontou a incompatibilidade entre a interpretação dada por ambas as Turmas ao art. 147 da Lei de Execução Penal²⁷, que tratava da execução da pena restritiva de direitos, e aquela referente ao art. 105 da LEP²⁸, que dispunha sobre a execução da pena privativa de liberdade. Isso porque, no primeiro caso, o STF entendia não ser possível a execução da pena restritiva de direitos antes do

²⁶ Voto do Min. Rel. Eros Grau disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC84078voto.pdf>>, acesso em 28 Out. 2016.

²⁷ Art. 147. "Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares."

²⁸ Art. 105. "Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução."

trânsito em julgado, enquanto no segundo, muito mais grave por se tratar de pena restritiva de liberdade, o entendimento era o oposto. Nessa perspectiva, indagou:

Ora, se é vedada a execução da pena restritiva de direito antes do trânsito em julgado da sentença, com maior razão há de ser coibida a execução da pena privativa de liberdade --- indubitavelmente mais grave --- enquanto não sobrevier título condenatório definitivo. Entendimento diverso importaria franca afronta ao disposto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição, além de implicar a aplicação de tratamento desigual a situações iguais, o que acarreta violação do princípio da isonomia. [...] É inadmissível que esta Corte aplique o direito de modo desigual a situações paralelas. (p.7)

O Ministro Relator Eros Grau declarou, ainda, que:

a nada se prestaria a Constituição se esta Corte admitisse que alguém viesse a ser considerado culpado --- e ser culpado equivale a suportar execução imediata de pena --- anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. [...] Apenas um desafeto da Constituição admitiria que alguém fique sujeito a execução antecipada da pena de que se trate. Apenas um desafeto da Constituição. (p.7)

Afirmou que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente poderia ser decretada a título cautelar. Ademais, implicaria restrição ao direito de defesa do acusado, que não pode ser visto de modo restrito, devendo englobar todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária.

O Ministro destacou o movimento garantista instaurado nos anos 80 do século passado, em especial a reforma penal de 1984 e a promulgação da Constituição Federal de 1988, contrapondo-o ao caráter repressivo e punitivista de preceitos instalados na década de 90, o que gerava uma “desenfreada vocação à substituição de justiça por vingança”. O Relator, nesse sentido, asseverou que:

A produção legislativa penal e processual penal dos anos 90 é francamente reacionária, na medida em que cede aos anseios populares, buscando punições severas e imediatas --- a malta relegando a plano secundário a garantia constitucional da ampla defesa e seus consectários. [...] Nesses momentos a imprensa lincha, em tribunal de exceção erigido sobre a premissa de que todos são culpados até prova em contrário, exatamente o inverso do que a Constituição assevera. [...] Sobretudo nos momentos de exaltação. Para isso fomos feitos, para tanto aqui estamos. (p. 11)

Tendo em vista os contextos diversos em que produzidas as normas dos anos 90 e aquelas elencadas na CRFB/88, alegou que “há oposição, confronto, contraste

bem vincado entre o texto expresso da Constituição do Brasil e regras infraconstitucionais que a justificariam, a execução antecipada da pena” (p. 12).

O Ministro argumentou que a jurisprudência defensiva é capaz de reduzir a amplitude e até mesmo amputar garantias constitucionais e que tal argumento será irrelevante no plano normativo, enquanto não houver uma reforma processual penal que esteja de acordo com o disposto na Constituição. Afinal, “nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direito”, de modo que “não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais” (p. 15), estando sempre protegidos pelo manto da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º, III, da CRFB/88.

Como último argumento de seu voto, o Ministro Eros Grau trouxe à tona o julgamento do RE 482.006, realizado em 07/11/2007, quando foi declarada, à unanimidade, a inconstitucionalidade de preceito estadual (art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52) que impunha a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional, sob a alegação de que isso implicava violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Assim, confrontou a posição do Supremo quanto à aplicação do princípio da presunção de inocência a favor da garantia da propriedade e, de outro lado, da liberdade:

Ora, a Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade certamente não o negará quando se trate da garantia da liberdade. Não poderá ser senão assim, salvo a hipótese de entender-se que a Constituição está plenamente a serviço da defesa da propriedade, mas nem tanto da liberdade... Afinal de contas a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. (p. 16)

Após todos os votos, o Ministro Gilmar Mendes²⁹, Presidente do Tribunal à época, votou pela inconstitucionalidade da execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado. Em seus dizeres, destacou que uma execução antecipada em matéria penal configuraria claro atentado à dignidade da pessoa humana, princípio constitucional segundo o qual é vedada a transformação do homem em objeto do processo.

²⁹ Voto do Min. Gilmar Mendes disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>, acesso em 28 Out. 2016.

Apesar de afirmar em seu voto no julgamento deste *habeas corpus*, com bastante convicção, que estava “absolutamente tranquilo de que nós poderemos dizer: a decisão que se tomou no passado era correta, como é correta a decisão que hoje se está a tomar, à luz, inclusive, dos pressupostos fixados no texto constitucional” (p. 5-6), o mesmo Ministro mudou seu entendimento no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292, em 2016, como se verá posteriormente neste trabalho.

Dentre essas e outras razões, o tribunal decidiu, por maioria, que a antecipação da execução penal era incompatível com o texto da Constituição e que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente poderia ser decretada a título cautelar, vencidos os Ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie.

Esse foi o entendimento que vigorou até fevereiro de 2016, quando ocorreu a segunda alteração jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal afeta à questão, no julgamento do HC 126.292/SP.

Interessante notar que, entre o pronunciamento do STF no HC 84.078 e no HC 126.292, o Plenário do Tribunal avaliou, em 16/02/2012, a constitucionalidade da Lei Complementar 135/2010, conhecida como “Lei da Ficha Limpa”, através do julgamento conjunto das ADC’s 29 e 30 e da ADI 4578, quando foi realizada uma revisão da jurisprudência da Corte acerca da presunção de inocência no âmbito eleitoral.

A Lei da Ficha Limpa, que surgiu por iniciativa popular, alterou a Lei Complementar 64/1990, incluindo hipóteses de inelegibilidade que visavam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato eleitoral. Dessa forma, muitos de seus dispositivos previam que seriam considerados inelegíveis os candidatos que fossem condenados pela prática de determinados delitos em decisão proferida por órgão judicial colegiado, ou seja, mesmo antes do trânsito em julgado.

Por maioria de votos, prevaleceu no Supremo Tribunal o entendimento em favor da constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, já aplicada nas eleições daquele mesmo ano, alcançando, inclusive, atos e fatos ocorridos antes de sua vigência. Assim, a partir desse julgamento, configura hipótese de inelegibilidade a

condenação, mesmo que não definitiva, pela prática de alguma infringência prevista na LC 135/2010.

Debate análogo havia ocorrido no âmbito da Suprema Corte no julgamento da ADPF 144, em 06/08/2008, quando, por maioria, os Ministros decidiram pela “impossibilidade constitucional de definir-se, como causa de inelegibilidade, a mera instauração, contra o candidato, de procedimentos judiciais, quando inócua condenação criminal transitada em julgado”³⁰, por considerarem admissível a extensão do princípio da presunção de inocência no âmbito do processo eleitoral.

Isto posto, tem-se que, inicialmente, em 2008, o STF considerou inaceitável a inelegibilidade em decorrência de decisão não transitada em julgado. Entretanto, em 2012, houve uma virada jurisprudencial, quando, por maioria de votos, prevaleceu o entendimento em favor da constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa.

Apesar de tratar-se de âmbitos completamente distintos, quais sejam, o processo eleitoral e o processo penal, muitos Ministros utilizaram-se da decisão acerca da constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa para fundamentar seus votos no julgamento do HC 126.292, no sentido de permitir a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da condenação em processo criminal.

2.3. O julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP

Em 17/02/2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou o *Habeas Corpus* 126.292/SP³¹, quando, por maioria de votos, concluiu-se que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência”³², vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente).

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, trecho da ementa da ADPF 144, Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/2008, DJe-035 publicado em 26/02/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF144_ementa.pdf>, acesso em 28 Out. 2016.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 126292, Relator Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, DJe-100 publicado em 17/05/2016. Inteiro teor disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>, acesso em 10 Out. 2016.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, trecho da ementa do HC 126292, Relator Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, DJe-100 publicado em 17/05/2016.

No caso, o paciente havia sido condenado, pelo juízo de primeiro grau, à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de roubo qualificado (art. 157, 2º, I e II, do Código Penal), com direito de recorrer em liberdade. Inconformada, somente a defesa apelou para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente.

Contra a mencionada decisão, a defesa impetrou o HC 313.021/SP³³ no Superior Tribunal de Justiça, ao argumento de que não foi apresentada qualquer fundamentação que justificasse a prisão a título cautelar e que a determinação de expedição do mandado de prisão sem que a decisão condenatória tivesse transitado em julgado representava afronta à jurisprudência majoritária do STJ e do STF, bem como ao dispositivo insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal. Porém, o pedido liminar foi negado pelo Ministro Presidente do STJ, razão pela qual foi impetrado o HC 126.292/SP no Supremo Tribunal Federal, objeto do presente tópico.

O Ministério Público Federal emitiu parecer pela concessão da ordem de *habeas corpus*, ao considerar que, embora, em tese, fosse possível a decretação da prisão preventiva por fatos supervenientes à sentença, esse não era o caso dos autos, restando configurada a ilegalidade da prisão antes do trânsito em julgado da condenação³⁴.

Em seguida, o Ministro Relator Teori Zavascki deferiu o pedido liminar do *writ*, invocando a decisão proferida no HC 84.078, tratada no tópico anterior, para fundamentar seu posicionamento, afirmando que apenas a prisão cautelar poderia ser decretada antes do trânsito em julgado da condenação³⁵.

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 313.021 - SP (2014/0343909-3). Relator: Min. Gurgel de Faria. Impetrante: Maria Claudia de Seixas e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Márcio Rodrigues Dantas. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisooes/doc.jsp?processo=313021.NUM.&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2#DOC2>>, acesso em 20 Out. 2016.

³⁴ Manifestação da PGR, Andamento datado de 09/02/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>, acesso em 20 Out. 2016.

³⁵ Decisão monocrática, Andamento datado de 09/02/2015. DJE nº 27, divulgado em 09/02/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>, acesso em 20 Out. 2016.

Apesar de o *habeas corpus* estar inicialmente atribuído à Segunda Turma do Supremo, os Ministros decidiram, por votação unânime, afetar o julgamento do feito ao Plenário, por indicação do Ministro Relator.

Após reviravolta inesperada, o Pleno do Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, denegou a ordem de *habeas corpus*, com a consequente revogação da liminar, modificando o entendimento firmado no julgamento do HC 84.078, realizado em 2009 e aplicado até então. A decisão do STF no HC 126.292/SP foi considerada histórica e gerou bastante polêmica, não só entre os estudiosos do Direito, mas na sociedade como um todo. Parte disso se justifica pelo momento em que foi proferida.

Ultimamente, o tema da corrupção tem sido alvo de intensos debates e a tolerância dos cidadãos brasileiros frente ao enriquecimento ilícito em decorrência do prejuízo ao erário tem sido cada vez menor. Inúmeras manifestações tomaram conta do Brasil nos últimos anos, com o objetivo de combater o desvio de verbas públicas e a impunidade dos criminosos de colarinho branco. Ademais, várias foram as investigações policiais e ações penais instauradas nesse tempo, o que levou muitos servidores públicos e políticos a cumprirem mandado de prisão e a perderem seus cargos.

O julgamento recente da Ação Penal 470/MG, mais conhecida como “Mensalão”, representa parte do contexto em que se insere a ânsia punitivista da sociedade brasileira. A condenação de 25 dos 38 réus da referida ação penal foi intensamente aplaudida pela coletividade e trouxe à tona uma sensação de justiça que gerou intensa admiração das pessoas pelo Supremo Tribunal Federal.

Em seguida, a Polícia Federal deu início a mais uma investigação de grande escala, denominada “Operação Lava-Jato”, que visa apurar um esquema de lavagem de dinheiro envolvendo políticos dos maiores partidos do Brasil, sendo considerada a maior investigação de corrupção do país até agora. A Operação Lava-Jato provocou novamente o sentimento de indignação no povo, que voltou a exigir das autoridades competentes a aplicação e o cumprimento da punição devida aos investigados.

É nesse contexto de clamor punitivista social que o Supremo Tribunal Federal relativizou o princípio constitucional da presunção de inocência em favor da

efetividade da jurisdição, voltando a adotar o entendimento anterior a 2009, de que é possível a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado, desde que haja condenação por órgão colegiado.

2.4. As Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44

Apesar dos vários adeptos do posicionamento do Supremo Tribunal Federal no referido *writ*, muitos também foram contrários à decisão, argumentando que representou afronta clara ao princípio da presunção de inocência, previsto na Constituição Federal de 1988 e no Código de Processo Penal.

Nesse sentido, o Partido Ecológico Nacional (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) reagiram de imediato à decisão, ajuizando as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, respectivamente, nas quais pleiteavam a declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 12.403/2011, para condicionar o início do cumprimento da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da condenação.

Em 05/10/2016, data do aniversário de 28 anos da Constituição, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, indeferiu as liminares das ADC's 43 e 44, entendendo que o artigo 283 do CPP não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância, sendo dispensável para tanto o trânsito em julgado.

São facilmente identificadas, nos votos dos Ministros vencedores, razões tendentes a proporcionar a maior proteção da coletividade em geral, a exemplo dos argumentos acerca da "credibilidade da sociedade no sistema de justiça criminal", da "efetividade da jurisdição penal" e do "fim da impunidade". Entretanto, tais alegações foram utilizadas para eliminar um direito individual expressamente garantido na Constituição e na legislação processual penal, qual seja, a presunção de inocência.

Nesse sentido, imperiosa é a análise da teoria de Ronald Dworkin sobre argumentos de princípio e argumentos de política, para contrastar com a fundamentação dos votos dos Ministros no julgamento das cautelares das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44.

3. A Teoria de Dworkin: Argumentos de Política e Argumentos de Princípio

Ao tratar sobre questões teóricas acerca da filosofia política e da doutrina jurídica, Dworkin (2000) rejeita a ideia de que o Direito e a política pertencem a mundos inteiramente diferentes e independentes, mas também rejeita a visão oposta, de que Direito e política são exatamente a mesma coisa. Uma das razões apresentadas para afastar essa última visão é a de que existe uma distinção fundamental entre dois tipos de argumentos utilizados para justificar uma decisão política, quais sejam, os argumentos de política e os argumentos de princípio (ou argumentos de direito). A diferença entre eles pode ser resumida a partir do seguinte trecho:

Os argumentos de política tentam demonstrar que a comunidade estaria melhor, como um todo, se um programa particular fosse seguido. São, nesse sentido especial, argumentos baseados no objetivo. Os argumentos de princípio afirmam, pelo contrário, que programas particulares devem ser levados a cabo ou abandonados por causa de seu impacto sobre pessoas específicas, mesmo que a comunidade como todo fique conseqüentemente pior. Os argumentos de princípio são baseados em direitos. (DWORKIN, 2000, p. IX)

Logo, os argumentos de política são aqueles que buscam uma estratégia que promova o maior benefício à coletividade, muitas vezes em detrimento de direitos individuais. Já os argumentos de princípio, pelo contrário, visam garantir o direito de um indivíduo ou de um grupo, mesmo que isso implique em uma piora à sociedade.

Para exemplificar o contraste entre tais argumentos, o autor (2000) retrata a discussão sobre a liberdade de imprensa nos Estados Unidos no caso *Farber*, em que se discutia se um repórter deveria ter permissão para reter informação a respeito de suas fontes, mesmo quando tal informação fosse necessária para a defesa em um julgamento criminal.

De um lado, os repórteres argumentavam que a revelação de suas fontes ensejaria redução do número de informantes, que ficariam inseguros frente à tamanha exposição, o que afetaria o “direito de saber” do público. Por essa lógica, entendiam haver um conflito de princípios em jogo. De outro lado, o advogado do réu alegava que este tinha direito de acessar todo o material incriminatório reunido pelo jornal *The New York Times*, para que pudesse preparar sua defesa e obter um julgamento justo.

Deve-se diferenciar se a reivindicação da imprensa é baseada em política ou em princípio. Se for em política, então diz-se que o público tem *interesse* no conhecimento, pois um público bem informado resultará em uma sociedade melhor. Nesse caso, considera-se que o cidadão médio possa ficar em pior situação se as reportagens não forem escritas, mas essa é uma questão do bem-estar geral, e não de direito individual. Entretanto, se for baseada em princípio, diz-se que o público tem o *direito* de saber, argumento que justificaria qualquer privilégio que promova a capacidade da imprensa de colher notícias.

A partir da análise desse caso, Dworkin considera que aquilo que os repórteres chamavam de argumento de princípio era, em verdade, um argumento de política. Isso porque o “direito de saber” do público não é, propriamente falando, um direito, de modo que não há um conflito entre princípios em jogo, mas entre princípio (direito do réu de ter acesso à informação que possa favorecer a sua defesa) e política (comunidade que será beneficiada se a imprensa não for obrigada a revelar suas fontes).

Acredita Dworkin, que a proteção especial conferida aos jornalistas por leis estaduais nos Estados Unidos não se justifica por terem mais direito à liberdade de expressão que as outras pessoas. Tal proteção encontra respaldo justamente num argumento de política, pois se acredita que a comunidade como um todo se beneficiará caso os repórteres sejam amparados por normas especiais que reforcem sua capacidade investigatória, dentre elas, a de manter as suas fontes confidenciais.

O autor (2000, p. XIV) afirma que, tanto os argumentos de política, quanto os argumentos de princípio, são importantes, mas “exceto em circunstâncias extraordinárias, a disputa deve ser resolvida a favor do princípio, isto é, a favor de um julgamento justo para o acusado”.

Muitas são as teorias que determinam como os casos difíceis devem ser solucionados pelos julgadores, dentre elas, o positivismo jurídico, que sugere que o juiz possui certo poder discricionário para decidir de uma maneira ou de outra quando a norma não for clara. Dworkin (2010) discorda desse entendimento, pois acredita que uma das partes pode ter o direito de ganhar a causa mesmo na ausência de regra que regule o caso, sendo dever do juiz decifrar qual é esse direito, e não inventar um novo direito e aplicá-lo retroativamente, como recomenda o positivismo jurídico.

A premissa de que juízes são legisladores delegados desconsidera a fundamental distinção entre argumentos de política e de princípio. Ambos justificam uma decisão política, mas o primeiro visa proteger algum objetivo da coletividade como um todo, enquanto o segundo procura respeitar ou garantir um direito de um indivíduo ou de um grupo. Se, por um lado, os argumentos de princípio destinam-se a estabelecer um direito individual, os argumentos de política destinam-se a estabelecer um objetivo coletivo. Afirmo o autor (2003, p. 268) que:

As decisões em busca dessas estratégias, julgadas uma por uma, são questões de política, e não de princípio; para testá-las, devemos perguntar se fazem avançar o objetivo geral, e não se concedem a cada cidadão aquilo a que tem direito enquanto indivíduo.

A argumentação que tem uma base estratégica caracteriza-se como política, e não deve se sobrepor aos direitos individuais, que caracterizam princípios. Para Dworkin, os casos difíceis devem ser resolvidos através do direito como integridade, que instrui os juízes a identificar direitos e deveres, a partir de um sistema coerente de princípios, que melhor traduzam a estrutura jurídica e política da comunidade.

3.1. Concepções do direito: o direito como integridade

O “direito como integridade” é uma das concepções do direito traçadas pelo autor, além do “convencionalismo” e do “pragmatismo”, que são interpretações da prática jurídica como um todo.

O “convencionalismo” (DWORKIN, 2003) é uma forma de interpretação do direito que sustenta que a prática jurídica é uma questão de respeitar e aplicar as convenções da comunidade política, tendo em vista que direito é aquilo que a convenção estipula como tal. O juiz deve, portanto, aplicar as leis e os precedentes nos seus exatos termos, mesmo que não acredite ser a decisão mais justa. Ademais, por essa concepção, em alguns casos não existirá direito algum a ser aplicado, pois sempre surgirão problemas novos que ainda não foram resolvidos pelas instituições, momento em que o juiz deverá exercitar seu poder discricionário. Dworkin acredita que o convencionalismo falha nas duas dimensões da interpretação (adequação e justificação), revelando-se verdadeiro insucesso como interpretação do direito.

A crítica de Dworkin se estende ao “pragmatismo”, que, segundo o autor (2003, p. 195), reside numa “concepção cética do direito porque rejeita a existência de pretensões juridicamente tuteladas genuínas, não estratégicas”. Nesse sentido, o pragmatismo jurídico rechaça a percepção de que os indivíduos podem ter direitos que prevaleçam sobre aquilo que, de alguma forma, poderia garantir o bem maior da sociedade. O pragmatismo deixa os juízes livres para mudarem as regras quando pensam que a mudança será mais importante que qualquer mal que ela poderia causar.

Dworkin (2003) defende a terceira concepção do direito, chamada “direito como integridade”, que insiste que as afirmações jurídicas combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro, interpretando a prática jurídica como um processo em desenvolvimento. O direito como integridade depende de uma comunidade de princípios, conforme será tratado a seguir.

3.2. Modelos de comunidade política: a comunidade de princípios

Para Dworkin, as obrigações políticas, como a de obediência ao direito, são obrigações associativas, e a sua legitimidade reside no campo da fraternidade e da comunidade. O autor apresenta, então, três modelos de comunidade política para explicar as obrigações associativas que seus membros possuem entre si.

O primeiro modelo é aquele em que a comunidade política é vista pelos seus membros como um simples “acidente de fato da história e da geografia” (2003, p. 252-253), em que não há colaboração entre eles, a não ser que isso represente um proveito individual. O segundo, denominado “modelo das regras” (2003, p. 253-254), pressupõe que seus membros aceitam obedecer às regras estabelecidas pela comunidade, não havendo nenhum compromisso para além disso. Para Dworkin, ambos os modelos devem ser descartados, por rejeitarem a ideia de integridade.

Por fim, o terceiro é o modelo de princípio (2003, p. 254-255). A comunidade de princípios caracteriza-se por ter membros que se veem fortemente ligados entre si por um conjunto de princípios comuns e que aceitam que os outros membros possuem direitos que derivam desse sistema de princípios, mesmo que não haja nenhuma regra explícita a respeito. Nesse sentido, os associados se identificam como pertencentes da comunidade e enxergam a justiça através do conjunto de princípios adotado, pelo qual todos são livres e iguais.

Entende Dworkin, que este é o único modelo capaz de aceitar o ideal da integridade, que é uma virtude ao lado da justiça, da equidade e do devido processo legal. Duas são as formas de integridade definidas por Dworkin: a integridade na legislação e a integridade na deliberação judicial. A segunda, que nos interessa aqui,

requer que, até onde seja possível, nossos juízes tratem nosso atual sistema de normas públicas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, com esse fim, que interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas. (DWORKIN, 2003, p. 261)

Nesse sentido, todas as decisões políticas, legislativas ou judiciárias, devem derivar do mesmo conjunto de princípios para que sejam legítimas. Aqui reside o argumento definitivo de Dworkin a favor do direito como integridade, pois a comunidade de princípios é a única que atende aos aspectos necessários para que uma comunidade política seja considerada uma verdadeira forma de associação fraternal, e, como tem a integridade como parte fundamental de sua política, apresenta uma melhor defesa da legitimidade política do que os outros modelos.

Assim, a integridade indica a melhor interpretação da prática jurídica, principalmente no que se refere aos casos difíceis a serem decididos por juízes. Isso porque o julgador deve empenhar-se para tomar decisões que expressem um sistema coerente de princípios, independente de cálculos utilitaristas.

O direito como integridade e a comunidade de princípios se alinham à concepção do Estado de Direito centrada nos direitos, segundo a qual existe uma rede de princípios que rege a comunidade política, de modo que os juízes, ao decidirem casos controversos, devem se ater a esses princípios, afastando-se dos argumentos de política, que são típicos do Poder Legislativo.

3.3. Estado de Direito: a concepção centrada nos direitos

Para o autor (2000), existem duas concepções muito distintas do Estado de Direito: a chamada "concepção centrada no texto legal" e a denominada "concepção centrada nos direitos".

A primeira insiste que os cidadãos e o Estado devem agir em conformidade com as regras explicitamente especificadas em um conjunto de normas públicas à disposição de todos. Trata-se de uma versão positivista, que enxerga o exercício

dos poderes estatais a partir de estritas determinações prévias apostas no *livro de regras*, determinando tanto a ação do governo quanto dos cidadãos, mutáveis apenas mediante o processo previamente determinado por outras regras.

Por outro lado, a segunda pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado, e insiste que esses direitos morais e políticos sejam previstos na legislação para que possam ser impostos pelas instituições judiciais quando os cidadãos assim demandarem.

As concepções se distinguem, primeiramente, quanto ao ideal de justiça adotado por cada uma. O Estado de Direito centrado no texto legal, entende que a justiça decorre da obediência do Estado e dos cidadãos ao que está positivado na lei, ideia criticada por Dworkin, tendo em vista que a simples aquiescência à norma não é o suficiente para a concretização da justiça, já que regras injustas gerarão comportamentos injustos.

Por outro lado, para o Estado de Direito centrado nos direitos, a justiça decorre dos direitos morais, que devem estar retratados no texto legal. Essa concepção também reconhece que os cidadãos possuem direitos morais que não são declarados pelo direito positivo. Em última análise, o que os juízes devem fazer em casos controversos, segundo esta concepção, é determinar se o queixoso tem o direito moral de receber aquilo que demanda.

Nesse sentido, para a concepção centrada nos direitos, o texto jurídico é de grande importância para a resolução de casos controversos. Entretanto, não constitui a única fonte de direitos, sendo imperioso que, caso não haja previsão legislativa, a prestação jurisdicional se dê de acordo com os *direitos morais de fundo* dos cidadãos. Assim, o juiz que adotar essa concepção tentará decidir o caso com base em algum princípio que capte, no nível de abstração adequado, os direitos morais das partes, porém, é essencial que tal princípio seja compatível com a legislação (DWORKIN, 2000).

Ademais, as concepções de Estado de Direito se diferenciam quanto à prestação jurisdicional, principalmente no que se refere a casos difíceis. A concepção centrada no texto legal não aceita a ideia de que juízes possam tomar decisões políticas, mesmo em casos controversos, ao argumento de que devem tentar, por meio de técnicas semântica, psicológica e contrafactual, descobrir o que

está "realmente" ou o que "deveria estar" no texto jurídico. Isso é o que Dworkin convém chamar de texto jurídico "retificado", na medida em que buscam, em última análise, trazer à superfície a vontade dos legisladores.

A ideia de tentar solucionar os casos controversos a partir da busca da intenção do legislador ou do constituinte é, para Dworkin, impossível, pois isso envolve uma questão, não de fato histórico, psicológico, semântico ou conceitual, mas uma questão política. Assim, apesar da afirmação de que se estaria tomando uma decisão livre de moralidade política, por apenas aplicar a "vontade do constituinte", a verdade é que a busca pela intenção legislativa exige que os juízes adotem uma concepção de intenção constitucional em vez de outra, o que, por si só, é uma decisão política.

Já a concepção centrada nos direitos admite que o juiz tome decisões políticas, quando, por exemplo, mais de um princípio for compatível com a legislação, situação na qual o julgador deve aplicar aquele que acredita ser o princípio correto, ou quando houver omissão do texto jurídico, hipótese em que o julgador deve aplicar o direito moral de fundo das partes. Dworkin adota essa concepção de Estado de Direito, refutando o argumento de que juízes devem manter-se fora da política.

Assim, o autor reconhece que as decisões dos juízes devem ser políticas em algum sentido, entretanto, defende que o correto é que os julgamentos de casos controvertidos sejam baseados em argumentos de princípio, e não em argumentos de política. Como já foi dito, aqueles, representam os direitos individuais dos cidadãos, enquanto estes, exigem que uma decisão promova alguma concepção do bem-estar geral ou do interesse público. Para Dworkin (2000, p. 7), o Estado de Direito da concepção centrada nos direitos "é o ideal de governo por meio de uma concepção pública precisa dos direitos individuais".

Nesse diapasão, Dworkin (2005) adere a esta concepção do Estado de Direito, apoiando as decisões em argumentos de princípio e não de política, pois entende que, apesar de uma sociedade dedicada a esse modelo poder pagar um preço quanto à eficiência e ao espírito comunitário em detrimento da preocupação excessiva com o Direito, a promessa que essa sociedade faz a cada pessoa individualmente, de que as reivindicações quanto aos seus direitos serão constante e

seriammente consideradas a seu pedido no fórum, parece valer a pena, tendo em vista o senso de justiça que ela cria. Afirmo, nesse sentido, que:

O Estado de Direito, na concepção que defendo, enriquece a democracia ao acrescentar um fórum independente, um fórum do princípio, e isso é mais importante, não apenas porque a justiça pode ser feita ali, mas porque o fórum confirma que a justiça, no fim, é uma questão de direito individual, não, isoladamente, uma questão do bem público. (DWORKIN, 2005, p. 38-39)

Aqui fica evidente que a concepção do Estado de Direito centrada nos direitos retrata a comunidade de princípios, tendo em vista que um juiz que segue essa concepção “tentará, num caso controverso, estruturar algum princípio que, para ele, capta, no nível adequado de abstração, os direitos morais das partes que são pertinentes às questões levantadas pelo caso” (DWORKIN, 2005, p. 15). Assim, esse é o ideal defendido por Dworkin, para o qual a justiça é uma questão de direito individual, e não de bem-estar geral, e deve ser revelada a partir do sistema de princípios de cada comunidade.

Portanto, após reconhecer que algumas decisões políticas importantes devem ser tomadas no âmbito dos tribunais, o autor enfatiza a ideia de que essas devem ser decisões de princípio e não de política, ou seja, “decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral” (DWORKIN, 2000, p. 101). É isso que caracteriza o nomeado “fórum de princípio”.

Quando uma pessoa recorre à justiça, ela reivindica um direito, e o argumento de que seria melhor para a comunidade se esse direito não fosse aplicado não pode prosperar. A criação da lei exige uma decisão política por parte do Legislativo, que deverá pensar como ela beneficiará o público em geral, mas, após sua criação, o requerimento do queixoso baseado nessa lei se torna um direito, deixando de ser uma questão política. Dessa forma, qualquer pessoa poderá demandar na justiça a garantia de tal direito, mesmo que isso seja maléfico para o resto da sociedade. Por isso, Dworkin (2000, p. 107) afirma que “o queixoso está se valendo de um argumento de princípio quando promove a ação no tribunal, não de um argumento de política”.

Quando há apenas subsunção do fato à norma, a decisão judicial será baseada em um argumento de princípio, mesmo que o surgimento da lei tenha se

dado por argumentos de política, isso porque a lei criou um direito e a aplicação de um direito será sempre uma questão de princípio.

Por outro lado, quando se trata de um caso difícil, em que não há uma regra clara adequada ao caso, a decisão pode ser gerada por princípios ou por políticas. Se fundada em princípios, considerar-se-á que existe um *direito* envolvido; mas se fundada em uma questão de política, reputar-se-á *sensato* decidir daquela maneira. A tese defendida pelo autor (2010), nesse sentido, é a de que as decisões judiciais devem ser, mesmo em casos difíceis, geradas por princípios, e não por políticas.

O “direito a vencer” do indivíduo independe de qualquer análise sobre quais seriam as consequências disso para a sociedade. Mesmo num caso controverso, a tarefa do queixoso é, unicamente, a de demonstrar que possui o direito a vencer, e não que a sociedade ganharia se ele vencesse, porque, segundo Dworkin, isso não deveria afetar a decisão.

Observa-se, então, que a aplicação de um direito individual ao caso concreto pelo juiz se dará sempre por um argumento de princípio. Desse modo, “se não podemos exigir que o governo chegue a respostas corretas sobre os direitos de seus cidadãos, podemos ao menos exigir que o tente” (DWORKIN, 2010, p. 286). Isso é o que Dworkin chama de “levar os direitos a sério”.

Portanto, o autor afirma que se um direito individual for previsto no ordenamento, ele deve ser aplicado, mesmo que isso custe caro à comunidade, porque nenhum cálculo utilitarista seria capaz de justificar a privação de direitos que o Poder Legislativo assegurou a esses indivíduos. Veja a esse propósito a definição de direitos individuais, segundo Dworkin (2010, p. XV):

Os direitos individuais são trunfos políticos que os indivíduos detêm. Os indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhe aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano.

Nesse diapasão, os direitos individuais não podem ser fulminados em detrimento do bem-estar geral quando apresentados num julgamento, pois “o julgamento é, caracteristicamente, uma questão antes de princípio que de política” (DWORKIN, 2000, p. X). Dessa forma, os princípios apresentam-se como verdadeiros trunfos contra a decisão da maioria (GALVÃO, 2012, p. 112).

Assim, é de suma importância para Dworkin a aplicação, pelos tribunais, dos direitos individuais, pois entende que a jurisdição se legitima a partir de argumentos de princípio, de modo que o bem-estar geral não pode ser utilizado como fundamento justificável para reduzir, e muito menos para eliminar, esses direitos.

No capítulo seguinte será analisada a decisão do Supremo Tribunal Federal nas cautelares das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 à luz da teoria de Dworkin, concluindo-se pela predominância de argumentos políticos em detrimento do princípio individual da presunção de inocência, em contrariedade ao proposto pela interpretação do direito como integridade, segundo a qual os juízes devem decidir casos concretos com base em argumentos de princípio.

4. Análise crítica do julgamento das cautelares das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44

O Partido Ecológico Nacional (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizaram, com pedido de liminar, as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, respectivamente, requerendo, como pedido principal, que fosse assentada a harmonia do art. 283 do Código de Processo Penal com a Constituição Federal de 1988. O Ministro Relator Marco Aurélio determinou o julgamento conjunto das referidas ações, tendo em vista a identidade de objetos.

O dispositivo, com redação dada pela Lei 12.403/11, dispõe que:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

A existência de controvérsia judicial relevante foi demonstrada a partir da incompatibilidade da decisão tomada pelo plenário do Supremo no julgamento do HC 126.292 com o disposto no artigo 283 do CPP, o qual determina a necessidade de trânsito em julgado da condenação para que ocorra o início do cumprimento da pena de prisão.

Na ADC 44 apontou-se a violação da cláusula de reserva de plenário, disposta no art. 97 da Constituição³⁶ e na Súmula Vinculante 10³⁷, pois, apesar de a decisão proferida no HC 126.292 não possuir efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, estava repercutindo no Poder Judiciário brasileiro, através de decisões que deliberadamente ignoravam o disposto no art. 283 do CPP.

Pertinente esclarecer que, no julgamento do HC 126.292³⁸, o alcance da presunção de inocência foi analisado somente a partir dos dispositivos

³⁶ Art. 97. "Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público."

³⁷ Súmula Vinculante 10: "Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte."

³⁸ Acórdão do HC 126.292 disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>, Acesso em 24 Nov. 2016.

constitucionais, havendo uma omissão quanto ao art. 283 do CPP. O Ministro Roberto Barroso, naquela ocasião, fez uma diferenciação entre *prisão* e *culpabilidade*, afirmando que:

a Constituição brasileira não condiciona a *prisão* – mas sim a *culpabilidade* – ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a privação de liberdade é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, e não sua irrecorribilidade. (p. 27)

O argumento do Ministro Barroso dá a entender que a prisão-pena poderia ser concretizada antes de aferida a culpabilidade do réu, o que é bastante questionável, em razão da presunção de inocência. Assim, foi de suma importância a demanda das ADC's 43 e 44, para que o STF se pronunciasse sobre a constitucionalidade do art. 283 do CPP, já que este condiciona expressamente a *prisão* ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e não apenas a *culpabilidade*.

O Ministro Barroso (p. 35) também defendeu, no julgamento do HC 126292, a ocorrência de uma mutação constitucional, em que "a alteração na compreensão da realidade social altera o próprio significado do Direito". O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, autor da ADC 44, criticou essa posição, afirmando que mais parecia uma "mutilação inconstitucional" do que uma "mutação constitucional", ao argumento de que os Ministros da Suprema Corte ressignificaram a expressão "trânsito em julgado", agindo como verdadeiros legisladores.

A tese principal da ADC 43 era a de que a redação atual do art. 283 do CPP traduz uma das interpretações possíveis ao postulado do art. 5º, LVII, da CRFB/88, e que, portanto, deve haver deferência do Judiciário para com a escolha feita pelos representantes eleitos pelo voto popular. Já a tese básica da ADC 44 consistia na ideia de "constitucionalidade espelhada" do art. 283 do CPP, por reproduzir de forma cristalina o teor do art. 5º, LVII e LXI, da Constituição, de modo que declará-lo inconstitucional implicaria declarar a inconstitucionalidade de preceitos constitucionais originários.

Os postulantes das ADC's argumentaram pela impossibilidade de criação de nova hipótese de prisão por meio de sentença aditiva, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade. Além disso, fizeram referência ao julgamento recente da cautelar da ADPF 347, em que o Supremo reconheceu o estado de coisas

inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, alegando que o pronunciamento no HC 126.292 acabaria por agravar a condição das unidades carcerárias.

A maioria dos Ministros votou pelo indeferimento das liminares nas ações declaratórias, conferindo ao art. 283 do CPP interpretação conforme à Constituição, para permitir a execução antecipada da pena a partir da condenação em segunda instância. Todos os Ministros permaneceram fiéis aos posicionamentos que haviam adotado no julgamento do HC 126.292, com exceção do Min. Dias Toffoli, o que acarretou um resultado mais acirrado, de seis votos a cinco, no veredicto das medidas cautelares das ADC's 43 e 44.

Restaram vencidos os Ministros Marco Aurélio, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Dias Toffoli, sendo que este último assumiu posição intermediária, para que a execução da pena ficasse suspensa apenas na pendência de recurso especial, mas não de recurso extraordinário. Este, inclusive, era um dos pedidos subsidiários da ADC 43.

4.1. Votos vencidos

O Relator Ministro Marco Aurélio³⁹ iniciou o julgamento votando pelo deferimento da medida cautelar, ressaltando a harmonia do art. 283 do CPP com a CRFB/88, por acreditar que o dispositivo reproduz *cláusula pétrea*, cujo núcleo essencial nem mesmo o poder constituinte derivado estaria autorizado a restringir. Levou em consideração, em seu voto, a possibilidade de reversão ou atenuação da condenação nas instâncias superiores, bem como a superlotação dos presídios. Ressaltou que, caso restasse vencido na extensão maior de seu voto, deferia o pedido subsidiário, para que a presunção de inocência perdurasse até o julgamento no Superior Tribunal de Justiça, alegando que é onde se dá a certeza jurídica sobre a formação da culpa.

A primeira a acompanhar o voto do Relator foi a Ministra Rosa Weber⁴⁰, que afirmou que o art. 283 do CPP espelha o art. 5º, LVII e LXI, da Constituição Federal, optando por uma interpretação gramatical, frente à clareza do texto constitucional.

³⁹ Voto do Min. Marco Aurélio disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43MCM.pdf>>. Acesso em 24 Nov. 2016.

⁴⁰ Voto da Min. Rosa Weber disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=dWnJ5vWKzzQ&t=9625s>>. Acesso em 24 Nov. 2016.

Apontou, também, que, até 2009, o Supremo, erroneamente, interpretou a Constituição a partir da legislação infraconstitucional, ao sobrepor o art. 637 do CPP⁴¹ aos dispositivos atinentes à presunção de inocência previstos na Lei Maior.

O Ministro Dias Toffoli⁴² acompanhou parcialmente o voto do Relator, adotando posição intermediária, no sentido de que a execução da pena fica suspensa com a pendência de recurso especial ao STJ, mas não de recurso extraordinário ao STF. No julgamento do HC 126.292, o Ministro havia se filiado à corrente majoritária, votando pela possibilidade da execução da pena de prisão a partir da condenação em segunda instância.

Em seu novo voto, proferido nas ações declaratórias, reconheceu a compatibilidade inequívoca do art. 283 do CPP com a CRFB/88, afirmando que restava atribuir a ele a “correta significação”. Nesse sentido, entendeu que o trânsito em julgado ocorre no momento em que há certeza na formação da culpa. Por acreditar que isso se dá no âmbito do STJ, já que o recurso especial se presta à correção de ilegalidades de cunho individual, afirma que aqui chega ao fim a presunção de inocência. Por outro lado, por entender que o recurso extraordinário não se presta à correção de ilegalidades de caráter meramente individual, tendo em vista a exigência de repercussão geral, concluiu que não há razão para se impedir a execução da condenação na pendência de seu julgamento.

Por sua vez, o Ministro Ricardo Lewandowski⁴³ acompanhou integralmente o Relator, inclusive quanto ao pedido subsidiário. Ressaltou que o artigo 5º, LVII, da Constituição Federal é muito claro ao estabelecer o trânsito em julgado como marco para o fim da presunção de inocência, afirmando a taxatividade do dispositivo, que não comporta interpretação diversa. Alegou que “se se mantiver alguém em regime fechado que deve cumprir a sua pena em regime aberto, isso é abominável, a meu ver, abominável. Só por isso, já não se justifica a prisão após a decisão de segundo grau”

⁴¹ Art. 637. "O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença."

⁴² Voto do Min. Dias Toffoli disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VotoADCs43e44MinDiasToffoli.pdf>>. Acesso em 24 Nov. 2016.

⁴³ Voto do Min. Ricardo Lewandowski disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=dWnJ5vWKzzQ&t=9625s>>. Acesso em 24 Nov. 2016.

O Ministro Celso de Mello⁴⁴ acompanhou o voto do Ministro Relator, ressaltando que a presunção de inocência é uma conquista histórica dos cidadãos em sua permanente luta contra a opressão do Estado e o abuso de poder. Afirmou que o princípio, que prevalece até o trânsito em julgado, não é apenas um fator de proteção ao réu, mas também de legitimação da própria pena. Demonstrou a inadequação de invocar-se a prática e a experiência de outros países, cujas Constituições, ao contrário da nossa, não impõem a necessária observância do trânsito em julgado da condenação criminal. Rejeitou a ideia de alguns Ministros de que a presunção de inocência se esvazia progressivamente, afirmando que ela subsiste integralmente até o trânsito em julgado.

Um dos fundamentos do Ministro Celso de Mello consistia em refutar o argumento relativo à sensação de impunidade, bem como à (in)efetividade da jurisdição penal, que foi sopesado junto ao princípio da presunção de inocência por muitos dos Ministros vencedores. O decano aduziu que a solução desses problemas há de ser dada pelo Poder Legislativo, sendo inaceitável a desconsideração de um direito fundamental para tanto:

Eventual inefetividade da jurisdição penal ou do sistema punitivo motivada pela prodigalização de meios recursais, culminando por gerar no meio social a sensação de impunidade, não pode ser atribuída ao reconhecimento constitucional do direito fundamental de ser presumido inocente, pois não é essa prerrogativa básica que frustra o sentimento de justiça dos cidadãos ou que provoca qualquer crise de funcionalidade do aparelho judiciário. A solução dessa questão, que não guarda pertinência – insista-se – com a presunção constitucional de inocência, há de ser encontrada na reformulação do sistema processual e na busca de meios que, adotados pelo Poder Legislativo, confirmem maior coeficiente de racionalidade ao modelo recursal, mas não, como se pretende, na inaceitável desconsideração de um dos direitos fundamentais a que fazem jus os cidadãos desta República fundada no conceito de liberdade e legitimada pelo princípio democrático. (p. 4)

Mesmo após a apresentação de votos brilhantemente embasados, os Ministros acima ficaram vencidos, numa deliberação apertada de seis votos a cinco, e a possibilidade de execução da pena privativa de liberdade a partir da condenação por órgão colegiado foi reafirmada pelo plenário do Supremo.

⁴⁴ Voto do Min. Celso de Mello disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43MCM.pdf>>. Acesso em 24 Nov. 2016.

4.2. Votos vencedores

O Ministro Edson Fachin⁴⁵ abriu a divergência, votando pelo indeferimento da cautelar para declarar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, no sentido de que é coerente com a Lei Maior a execução criminal quando houver condenação na segunda instância, salvo quando conferido efeito suspensivo aos recursos dirigidos às cortes superiores.

Acompanharam o posicionamento do Ministro Fachin, na íntegra, os Ministros Roberto Barroso, Teori Zavascki, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia. Dentre as razões para tanto, algumas foram de índole técnica e jurídica, mas outras nitidamente pragmáticas.

A alegação referente ao efeito meramente devolutivo dos recursos especial e extraordinário (art. 637 do CPP e arts. 995 c/c 1.029, § 5º, do CPC) teve grande impacto na fundamentação da tese firmada, sendo utilizada por quase todos os Ministros supramencionados. Essa era, também, a justificativa que embasava a jurisprudência do Supremo que prevaleceu até 2009 relacionada à execução provisória da pena de prisão, como já comentado no tópico 2.1. deste trabalho.

Os Ministros também afirmaram que a análise de fatos e provas se esgota nas instâncias ordinárias, de modo que ali se concretiza o duplo grau de jurisdição, e apresentaram dados estatísticos na tentativa de demonstrar o baixo índice de sucesso dos recursos especial e extraordinário, bem como de seus agravos. No entanto, como bem pontuado pelo Min. Lewandowski, no período de 01/01/2009 a 20/06/2016, no STJ, quase 18% dos REsp's foram providos em matéria criminal, indicando algum erro, mesmo que processual, nas instâncias ordinárias.

Desse modo, ainda que não diga respeito à análise de fatos e provas, as decisões das instâncias extraordinárias também devem promover a justiça. O deferimento dos recursos no âmbito do STJ e do STF pode acarretar diminuição da pena, alteração do regime prisional ou até mesmo atipicidade da conduta pela aplicação do princípio da insignificância. Nessas situações, se permitida a execução provisória a partir da condenação em segundo grau, o réu já terá cumprido uma

⁴⁵ Voto do Min. Edson Fachin disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>>. Acesso em 24 Nov. 2016.

parte da pena quando proferida a decisão favorável dos tribunais extraordinários, e não haverá nenhuma indenização que pague o tempo cumprido indevidamente pelo acusado na prisão.

Ademais, forte foi a comparação com o sistema jurídico de outros países quanto ao alcance da presunção de inocência, vindo a afirmar o Ministro Luiz Fux⁴⁶ que "em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando o referendo de uma Corte Suprema", enquanto o Ministro Gilmar Mendes⁴⁷ corroborou que "praticamente, não se conhece, num mundo civilizado, um país que exija o trânsito em julgado".

Foram apresentadas estatísticas da criminalidade violenta no Brasil, além de muitos exemplos capazes de chocar a sociedade devido a demora entre o cometimento do crime e a execução da pena. Após alguns dados revelados pelo Ministro Dias Toffoli, o Brasil foi posto como um dos mais violentos e inseguros do mundo.

Por meio de comparações internacionais, exposição de casos de violência, dados estatísticos e argumentos de ordem pública, a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal alterou a consolidada jurisprudência, aduzindo que o art. 283 do Código de Processo Penal admite a prisão antes do trânsito em julgado, para além dos casos de prisão cautelar.

4.2.1. O direito como integridade e a força do precedente

A decisão proferida pelo plenário do Supremo no HC 126.292, reiterada no julgamento das cautelares das ADC's 43 e 44, alterou o entendimento do Tribunal acerca da matéria sem que houvesse qualquer mudança legislativa que justificasse tal guinada jurisprudencial. Nesse contexto, deve-se retomar à ideia de direito como integridade, segundo a qual os juízes devem partir do pressuposto de que os direitos e deveres foram todos criados por um único autor: a comunidade personificada. Assim, exige-se que as decisões judiciais sejam coerentes com o passado institucional, na busca da melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.

⁴⁶ Voto do Min. Luiz Fux disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=dWnJ5vWKzzQ&t=9625s>. Acesso em 24 Nov. 2016.

⁴⁷ Voto do Min. Gilmar Mendes disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=dWnJ5vWKzzQ&t=9625s>. Acesso em 24 Nov. 2016.

Dessa forma, a história exerce um papel importante no direito como integridade. Entretanto, ao contrário do convencionalismo, o ideal da integridade não se prende ao passado, pois tem a prática jurídica como um processo em desenvolvimento, que combina elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro. Para explicar essa interpretação construtiva, Dworkin (2003) apresenta a metáfora do *romance em cadeia*, como se a decisão de cada juiz representasse um capítulo de um romance que, ao final, pareça ter sido escrito por um único autor.

Para tanto, é necessário que o juiz mantenha certa coerência com as decisões anteriores, ajustando-se à dimensão da *adequação*, e ao mesmo tempo construa uma decisão que melhor exprima os compromissos morais assumidos pela comunidade. A dimensão da *justificação* impõe que o juiz escolha, dentre as interpretações aceitáveis, aquela que apresenta em sua melhor luz, do ponto de vista da moral política⁴⁸, a estrutura das instituições e decisões da comunidade.

Esse estilo de deliberação judicial se ajusta a ambição que a integridade assume de ser uma comunidade de princípios. Por essa lógica, o direito como integridade pressupõe que os juízes encontram-se em posição muito diversa daquela dos legisladores, pois estes têm a liberdade de justificar suas decisões de criar direitos com base em argumentos de política, demonstrando que esses direitos contribuirão para o bem-estar conjunto da comunidade; enquanto os juízes não possuem essa prerrogativa, devendo tomar suas decisões com base em princípios (DWORKIN, 2003).

Assim, o respeito para com as decisões do passado é intrínseco à ideia do romance em cadeia, mas é permitido que o juiz delas se distancie quando verificado que tinham por base uma argumentação política. Na teoria de Dworkin, o juiz deve definir a força gravitacional do precedente a partir dos argumentos de princípio que o justificaram, concluindo que "se uma decisão anterior estivesse totalmente justificada por algum argumento de política, ela não teria força gravitacional alguma" (2010, p. 177). A possibilidade de uma guinada jurisprudencial a partir da teoria de Dworkin pode ser assim descrita:

⁴⁸ Para Dworkin (2003, p. 298), duas são as virtudes que constituem a moral política: a justiça e a equidade.

Se, por um lado, Dworkin entende justificado um rompimento factual dos compromissos estabelecidos caso haja uma unidade do princípio moralmente atrativa por trás dessa mudança, por outro, considera ilegítima a atitude do intérprete de abandonar o histórico institucional com base em argumentos de política. (GALVÃO, 2012, p. 112)

Logo, a alteração jurisprudencial só pode ser considerada legítima caso seja constatado que a interpretação anterior constituía uma violação de princípios e que a nova interpretação preenche os requisitos da justiça substantiva, devendo ser aplicada para manter a coerência do sistema.

Assim, para verificar a legitimidade da decisão proferida nas cautelares das ADC's 43 e 44, deve-se perguntar se a guinada jurisprudencial do STF sobre a possibilidade de prisão a partir da condenação em segundo grau foi justificada a partir de argumentos de política ou de princípio.

4.2.2. Argumentos de política: o descrédito da sociedade no sistema de justiça criminal, a (in)efetividade da jurisdição penal e o quadro de impunidade

Neste tópico, serão abordados alguns dos argumentos de política apresentados pelos Ministros vencedores no julgamento das cautelares das ADC's 43 e 44, como o descrédito da sociedade no sistema de justiça criminal, a inefetividade da jurisdição penal e o latente quadro de impunidade do nosso país, demonstrando-se que esta virada jurisprudencial, portanto, não seria legítima segundo a teoria de Dworkin.

O início do voto do Ministro Fachin, primeiro divergente, é marcado pela transcrição de vários casos que retratam a inefetividade do sistema brasileiro de proteção penal a direitos humanos básicos. Da mesma forma, a *parte um* do voto do Ministro Barroso⁴⁹ busca contextualizar o debate a partir da exposição de casos emblemáticos que demonstram a má funcionalidade do sistema punitivo brasileiro.

O Ministro Barroso (p. 7-8) também afirmou em seu voto que a possibilidade de os réus aguardarem o trânsito em julgado dos recursos especial e extraordinário em liberdade para apenas então iniciar a execução da pena “enfraquece demasiadamente a tutela dos bens jurídicos resguardados pelo direito penal e a própria confiança da sociedade na Justiça criminal”, o que gera um “sentimento

⁴⁹ Voto do Min. Luís Roberto Barroso disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/voto-ministro-barroso-prisao-antes.pdf>>. Acesso em 24 Nov. 2016.

social de ineficácia da lei penal e permite-se que a morosidade processual possa conduzir à prescrição dos delitos”.

O Ministro Barroso afirmou que um sistema desse tipo não é garantista, pelo contrário, é grosseiramente injusto, estimula as pessoas a quererem fazer justiça com as próprias mãos e difunde a impressão de que neste país o crime compensa, além de caracterizar-se pela absoluta impunidade e desmoralização do país perante a comunidade internacional.

Seu voto conferiu especial enfoque aos crimes de colarinho branco, por acreditar que os mais ricos se beneficiam da interpretação de que a presunção de inocência perdura até o trânsito em julgado, já que interpõem recursos protelatórios com o fim de retardar o processo e até mesmo alcançar a prescrição:

Entre nós, no entanto, a ausência de um direito penal minimamente efetivo e igualitário funcionou como um estímulo a diversos tipos de criminalidade. Criamos um país no qual o crime frequentemente compensa. Isso vale, particularmente, para a chamada criminalidade de colarinho branco, universo no qual se situa o fenômeno da corrupção. (p. 11)

O Ministro Fux também se filiou a esse entendimento, afirmando que a exigência do trânsito em julgado para a efetividade da condenação penal viola o princípio da igualdade, pois favorece os acusados que tem condições financeiras para interpor infundáveis recursos, o que acarreta, em sua opinião, "prejuízo à efetividade da duração razoável do processo". Já o Ministro Gilmar Mendes enunciou que "as miríades de recursos são propostos com o objetivo, não de rever ou de reverter a decisão, mas, simplesmente, de retardar, de obstar, de caracterizar um estado de impunidade".

Tendo em vista o momento histórico e político do país, de clamor punitivista quanto aos crimes cometidos pelas autoridades públicas, a atenção dada pelo Ministros aos crimes de colarinho branco demonstra uma estratégia de atingir, através desse julgamento, os futuros processos decorrentes da Operação Lava-Jato. Apesar desse objetivo, os HC's emblemáticos 84.078 e 126.292 tratavam, respectivamente, dos crimes de homicídio e roubo, estranhos aos crimes de colarinho branco.

Nesse sentido, as Defensorias Públicas que atuaram como *amici curiae* argumentaram que os mais atingidos pela decisão das ADC's seriam os

hipossuficientes, até porque a seletividade do sistema criminal é estruturada e institucionalizada, tendo início desde muito antes de se discutir a questão no Poder Judiciário.

Ao tratar do papel do direito penal, o Ministro Barroso (p. 11) afirmou que “está longe de figurar no topo da lista dos instrumentos mais importantes para realizar o ideário constitucional de fraternidade, pluralismo e tolerância” e que sua principal função é a da prevenção geral. Nesse ponto, o Ministro Fux emitiu entendimento similar, ao asseverar que “o problema do Direito Penal é a inefetividade do processo penal. O processo penal não cumpre o seu desígnio, que é exatamente o de infligir a sanção ao acusado, ao denunciado”.

Aqui devemos observar que, apesar de os Ministros Barroso e Fux apelarem para a inefetividade do processo penal para justificarem suas posições, ignoraram que o processo penal também possui uma função que se distancia da imposição de pena ao acusado, que é a de conferir especial proteção ao réu. O Ministro aposentado do STF, Cezar Peluso, afirma que o nosso modelo de processo penal foi concebido para proteger a liberdade, e não, para punir, devendo resguardar a dignidade do réu como pessoa humana:

O processo penal tem fim instrumental evidente, que é apurar culpa e puni-la, mas tem também fim metodológico. Qual é este fim metodológico? É garantir a liberdade e a dignidade do réu no curso do processo, pelo simples fato de tratar-se de um ser humano que, ainda quando acusado e eventualmente culpado do crime mais abominável, não perde a condição de ser humano, dotado da dignidade comum, que o ordenamento jurídico tem que respeitar.⁵⁰

O processo penal, portanto, deve ser visto como uma garantia, e não como um problema, e a proteção que confere ao réu deve ser tida como uma de suas principais funções:

(...) o processo e suas garantias correspondentes apesar de também carecerem de reformas e alterações, não podem ser vistos como problema. Antes de tudo, o processo deve ser visto como garantia, pelo qual se resguarda ao cidadão direitos como o contraditório, a ampla defesa, a presunção de inocência, a produção de provas lícitas, dentre outras garantias.

⁵⁰ PELUSO, Cezar. **Presunção de inocência**: é preciso entender a grandeza do princípio. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 21. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/52364>>. Acesso em: 27 out. 2016.

O processo não é problema. O processo é garantia. O casuísmo é que é o problema.⁵¹

Os argumentos que visavam à defesa da sociedade se sobrepuseram aos direitos do réu em todas as oportunidades que os Ministros encontraram para tanto. Na continuação de seu voto, o Ministro Barroso reforçou três fundamentos pragmáticos que havia utilizado no julgamento do HC 126.292, referentes às supostas consequências positivas de seu entendimento para o sistema de justiça criminal:

Primeiro, a interpretação permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que (i) coíbe a abusiva e infundável interposição de recursos protelatórios [...], bem como (ii) favorece a valorização e a autoridade das instâncias ordinárias [...]. Segundo, a execução provisória da condenação penal após a decisão de 2º grau diminui a seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena. [...]. Terceiro, promove-se a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal [...], bem como se restaura a própria confiança da sociedade na Justiça criminal. (p. 17)

Primeiramente, os argumentos reconhecidamente pragmáticos do voto do Ministro vão de encontro ao posicionamento de Dworkin acerca do pragmatismo, pois, para o autor, os indivíduos possuem direitos que prevalecem sobre o interesse maior da sociedade em geral e os juízes devem aplicar esses direitos no caso concreto. Logo, não poderia o Judiciário utilizar, em suas decisões, fundamentos tipicamente característicos dos discursos legislativos, marcados pela busca de fins específicos, como fez o Ministro Roberto Barroso e tantos outros.

Dando continuidade, o último fundamento pragmático supracitado, relativo ao paradigma da impunidade, foi fortemente corroborado pelos demais Ministros da Suprema Corte, que equipararam o direito do réu de ser presumido inocente até o trânsito em julgado ao suposto direito da sociedade de ver a punição concretizada.

Nesse sentido, o Ministro Fux chegou a enunciar que "nós estamos discutindo isso, porque nós estamos mais preocupados com o direito fundamental do acusado, nós estamos esquecendo do direito fundamental da sociedade, que tem, evidentemente, a prerrogativa de ver aplicada a sua ordem penal".

⁵¹ ARABI, Abhner Youssif Mota. **O processo não é problema, é garantia.** O casuísmo é que é o problema. Revista ConJur, 05 de abril 2015, disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-05/abhner-arabi-casuismo-nao-processo-problema>>, acesso em 13 Out. 2016.

Já o Ministro Gilmar Mendes alegou que, para se chegar a um veredicto, deveria ser levado em conta não só o aspecto normativo da presunção de inocência, mas também "a própria realidade, que permite que exigir o trânsito em julgado formal transforme o Sistema num sistema de impunidade".

O Ministro Barroso reforçou que, por meio dessa nova interpretação, evita-se que a punição penal possa ser retardada por anos e mesmo décadas, fortalece-se a tutela dos bens jurídicos resguardados pelo direito penal, bem como se restaura a própria confiança da sociedade na Justiça criminal.

A preocupação com a impunidade também encontra respaldo no voto do Ministro Teori, quando fez menção aos recursos protelatórios, que configuram, muitas vezes, a prescrição da pretensão punitiva ou executória; e também no voto da Ministra Cármen Lúcia, que alegou que o Estado deve cumprir aquilo que a sociedade estipulou como um dever, qual seja, o de garantir uma jurisdição efetiva e eficaz.

Para Dworkin (2000), entretanto, as pessoas têm um direito profundo de não ser condenadas por crimes de que são inocentes e a pretensão jurisdicional substantiva no Direito é uma questão de princípio. Portanto, o paradigma da impunidade não pode ser utilizado como argumento do tribunal para se sobrepor a um princípio como o da presunção de inocência, já que o combate à impunidade é um objetivo, que caracteriza um argumento de política. Pela lógica do direito como integridade, os argumentos de política "quedam-se excluídos do discurso jurídico, impedindo a reforma do material jurídico existente com base em considerações estratégicas" (GALVÃO, 2012, p. 114).

Além disso, foi admitido um esvaziamento da presunção de inocência ao longo do processo, como se o princípio enfraquecesse a cada instância. A Ministra Cármen Lúcia alegou que a comunidade não entende porque, passados anos da confissão de um crime, ainda não se começou a dar cumprimento à pena, e, com isso, concluiu que não há arbítrio na prisão após ter havido a fase de provas com duas condenações.

O Ministro Gilmar Mendes também declarou que o sistema estabelece uma progressiva diminuição da ideia da presunção da inocência, pois, para ele, "uma coisa é termos alguém investigado, outra coisa é termos alguém denunciado, com

denúncia recebida. Outra coisa é ter alguém condenado e, agora, com condenação em segundo grau”.

Para o Ministro Barroso (p. 20), "Nessa ponderação, com a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, há sensível redução do peso do princípio da presunção de inocência e equivalente aumento do peso atribuído à exigência de efetividade do sistema penal".

Assim como a Ministra Cármen Lúcia, o Ministro Luiz Fux apelou para a falta de compreensão da sociedade quanto à duração da presunção de inocência até o trânsito em julgado, vindo a afirmar que “ninguém entende, nenhum cidadão entende que a parte, o réu, ele tem uma denúncia recebida, ele tem uma denúncia acolhida numa sentença condenatória, ele é condenado pelo Tribunal de Apelação e ele entra inocente no Supremo Tribunal Federal”.

Porém, a falta de compreensão e a indignação da sociedade não podem conduzir a redução de um direito fundamental, como o da presunção de inocência, até porque "O clamor popular não pode servir de causa justificante à lesão de direitos fundamentais e garantias individuais, por mais altruísticos que sejam seus interesses. Não se pode combater a ilegalidade com ilegalidade"⁵².

É evidente, portanto, que a mudança de entendimento do STF acerca da execução provisória da pena foi justificada, em grande parte, por argumentos de política, de modo que a nova interpretação veio para fomentar e proteger o objetivo coletivo da comunidade de ter uma jurisdição penal efetiva, que caminhe cada vez mais em direção ao fim da impunidade, mesmo que isso implique o esvaziamento contínuo do direito fundamental da não culpabilidade ou até mesmo a sua eliminação.

4.2.3. Ponderação entre presunção de inocência e efetividade da jurisdição penal

A partir da notória inquietação dos Ministros quanto ao que a sociedade espera da jurisdição penal, muitos ressaltaram que a presunção de inocência é um princípio e, como tal, é passível de ser ponderado no caso concreto com outros preceitos constitucionais, dentre eles, o da efetividade jurisdicional.

⁵² Ibidem.

Para o Ministro Barroso, a interpretação do art. 283 do CPP que se coaduna à Constituição é aquela que possibilita o início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado, por acreditar que há uma "exigência constitucional de efetividade e credibilidade do sistema de justiça criminal" (p. 19), que seria capaz de superar a presunção de inocência e até mesmo crucificá-la. Nesse sentido, declarou que "o sacrifício que se impõe ao princípio da não culpabilidade – prisão do acusado condenado em segundo grau antes do trânsito em julgado – é superado pelo que se ganha em proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça" (p. 20).

A mesma tese foi sustentada pelo Ministro Gilmar Mendes, segundo o qual a presunção de inocência não se trata de uma regra, que se resolve na fórmula do tudo ou nada, mas de um princípio. O Ministro Luiz Fux simplesmente equiparou o direito fundamental do acusado de ser presumido inocente a um suposto "direito fundamental da sociedade de ver aplicada a sua ordem penal." Por sua vez, o Ministro Fachin interpretou o art. 5º, LVII, da Constituição em conexão com outros princípios e regras constitucionais que "levados em consideração com igual ênfase, não permitem a conclusão segundo a qual apenas após esgotadas as instâncias extraordinárias é que se pode iniciar a execução da pena privativa de liberdade" (p. 10).

Na mesma linha, para o Ministro Teori Zavascki, "parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência" (p. 12), de modo que, para ele, a retomada da tradicional jurisprudência constitui "mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado (p. 20).

O Ministro Barroso volta a esse ponto em vários momentos de seu voto, insistindo que "o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos objetivos e bens jurídicos tutelados pelo direito penal" (p. 16).

Entretanto, esse sopesamento realizado entre presunção de inocência e efetividade/credibilidade da Justiça pressupõe que todos esses preceitos são princípios constitucionais, que podem e devem ser balanceados na decisão de casos concretos, o que é errôneo. Para Dworkin, não é porque um dispositivo está insculpido na Constituição que ele pode ser considerado um princípio. Aqui é válido

diferenciar, mais uma vez, as diretrizes políticas dos princípios, conforme a teoria do autor:

Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral, uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (...). Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. (DWORKIN, 2010, p. 36)

Nesse sentido, os princípios, numa ótica dworkiniana, "são extraídos a partir de uma reconstrução dos valores morais que animam a prática jurídica" (GALVÃO, 2012, p. 113). Logo, a eficiência da jurisdição penal, da forma como utilizada pelos Ministros, não é propriamente um princípio, pois desencadeia argumentos políticos, não podendo, por conseguinte, ser posta no mesmo nível da presunção de inocência, que caracteriza-se, de fato, como um princípio:

Percebe-se, pois, que, para Dworkin, argumentos de princípio não se confundem com argumentos que simplesmente invocam um dos princípios estabelecidos na nossa Constituição. Pelo contrário, nossa Carta Magna positivou várias cláusulas que não obstante serem denominadas como princípio pela doutrina em razão de sua abstração, na verdade desencadeiam argumentos de política. O simples fato de o art. 37 da lei fundamental preceituar que a Administração Pública obedecerá ao princípio da eficiência não tem o condão de transformar um argumento de política que o mencione em um argumento de princípio. (GALVÃO, 2012, p. 113)

O que ocorre é que, assim como no *caso Farber*, as pessoas não possuem propriamente o *direito*, mas apenas um *interesse* em ver o réu preso antes do trânsito em julgado da condenação. A ponderação realizada pelo STF entre presunção de inocência e eficiência do sistema foi tão equivocada quanto àquela realizada no caso estadunidense: "A retórica do debate popular a respeito de Farber, que supõe que a imprensa tinha direitos que deviam ser 'pesados' em confronto com os direitos do réu, foi profundamente enganosa" (DWORKIN, 2000, p. 562).

O argumento da eficiência da jurisdição traz consigo a ideia de segurança pública e punição devida, caracterizando-se como política, já que descreve um objetivo. Por outro lado, a presunção de inocência caracteriza-se como um princípio, pois descreve um direito. Percebe-se, então, que ocorreu um enfraquecimento do *direito* individual de não ser preso antes do trânsito em julgado em prol do *interesse* da sociedade em combater a impunidade e aumentar a eficiência jurisdicional.

O autor (2000) salienta a importância da distinção entre justificativas de princípio e de política, porque ocasionalmente elas podem ser apresentadas em sentidos opostos e, quando isso ocorrer, a política deve ceder ao princípio, mesmo que com certo custo para o bem-estar geral.

Poder-se-ia entender que é problemática, tanto a restrição de um direito moral, caso em que se comete um erro contra o indivíduo, como a *inflação* desse direito, caso em que se estaria privando a sociedade de algum benefício geral, como o da segurança nas ruas. Entretanto, equiparar essas situações é um erro, pois a restrição de um direito é algo muito mais grave que a sua inflação, na medida em que as consequências das violações de um direito são infinitamente mais penosas para o indivíduo, que deverá arcar com isso sozinho, do que as provenientes da restrição de um benefício da sociedade em geral. Dessa forma, uma vez concedido esse direito, "o fato de a sociedade ter de pagar um preço mais elevado para ampliá-lo não pode ser usado como argumento para suprimi-lo" (DWORKIN, 2010, p. 306-307).

Ademais, a ideia de um balanceamento é incoerente com a teoria de Dworkin, pois o autor acredita que o intérprete deve identificar aquele princípio que informa a resposta correta para o caso concreto. Como os princípios têm natureza deontológica, não se sujeitam a um regime de concorrência com outros bens ou valores e, como só há uma resposta correta para o caso particular, há somente um princípio aplicável, não podendo ser balanceado. Desse modo, a ponderação seria considerada uma afronta à justiça substantiva (GALVÃO, 2012).

Conclui-se, nesse diapasão, que, em primeiro lugar, essa ponderação feita pelos Ministros do STF sequer poderia ter sido realizada, já que o autor considera inconcebível o balanceamento para a resolução de casos concretos, devendo o intérprete alcançar a única resposta correta através da aplicação de um único princípio. Além disso, a eficiência jurisdicional não é um princípio, aproximando-se mais de uma diretriz política. Por fim, mesmo que essa ponderação fosse admissível, o princípio da presunção deveria ter prevalecido em sua plenitude, já que os tribunais devem tomar decisões com base em argumentos de princípio, garantindo o direito do réu independentemente do temor social que isso viesse a causar.

4.2.4. A atuação do Poder Judiciário nessa perspectiva

Dworkin defende a tese de que as decisões judiciais baseadas em argumentos de princípio são compatíveis com os pilares democráticos e devem ser assim fundamentadas mesmo nos casos politicamente controversos. Sua teoria geral dos direitos não admite que algum indivíduo seja objeto de determinada desvantagem em razão de argumentos que sustentem objetivos coletivos. Isso porque esse tipo de decisão, caracterizada por argumentos de política, devem ser, para o autor, tomadas por meio do processo político majoritário.

Uma decisão política tomada no âmbito do Judiciário viola o princípio da igualdade de participação, pois prioriza determinados objetivos e finalidades e, conseqüentemente, desagrada pessoas e grupos que não se veem representados pela medida. Para decidir casos concretos, o Poder Judiciário deve se ater aos princípios que moralmente justifiquem os compromissos já estabelecidos pela sociedade, até porque muitas vezes as escolhas políticas violam direitos propriamente ditos, e seria um contrassenso autorizar que o órgão incumbido de proteger tais direitos realizasse juízo político ao tomar suas decisões. É por isso que suas decisões só podem ser baseadas em razões jurídicas, sob pena de serem consideradas ilegítimas (GALVÃO, 2012).

A concepção do Estado de Direito defendida por Dworkin insiste que os cidadãos possuem direitos perante o Estado e esses direitos, em regra, devem ser previstos na legislação, para que sejam facilmente concedidos na seara do Judiciário quando os indivíduos assim pleitearem. As decisões que envolvam uma análise estratégica, como a de acabar com a impunidade e aumentar a eficiência do sistema penal, necessitam da intermediação do Legislativo, pois consagram direitos políticos, e não direitos jurídicos.

A solução para os problemas atinentes à infinidade de recursos no processo penal, à falta de impunidade e de eficiência da Justiça exigem a reforma do sistema processual penal, que só pode ser feita pelos representantes eleitos, e não por meio do atropelamento de um direito constitucional pelo Judiciário diante de um caso concreto e, posteriormente, de uma ação de controle concentrado.

O Judiciário somente poderia autorizar a execução da pena a partir do segundo grau se houvesse uma permissão do Legislativo nesse sentido, através da

edição de um ato normativo, como, por exemplo, se fosse alterada, por emenda constitucional, a redação do inciso LVII do art. 5º da Constituição para estabelecer que a presunção de inocência impera até a condenação por órgão colegiado (caso se entendesse que tal mudança não afetaria o núcleo essencial desse princípio e, conseqüentemente, não violaria *cláusula pétrea*) ou que o trânsito em julgado ocorre com o julgamento pela segunda instância, dentre outras alternativas.

Nesse sentido, o Ministro aposentado Cezar Peluso apresentou, em 2011, a "PEC dos recursos", que acrescentaria os arts. 105-A e 105-B à Constituição, os quais determinavam a imediata execução das decisões judiciais após o pronunciamento dos tribunais de segunda instância, de modo que os REsp's e RE's não seriam capazes de impedir o trânsito em julgado dessas decisões. Porém, não houve receptividade do tema no Parlamento.

A presunção de inocência foi concretizada pelo Poder Legislativo no art. 5º, LVII, da Constituição e, recentemente, no art. 283 do *codex* processual penal, havendo de ser preservada até o trânsito em julgado. Por sua vez, a definição de trânsito em julgado encontra-se no art. 6º, § 3º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942): "Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso".

Logo, a intenção do Legislativo quanto ao princípio da presunção de inocência e seu alcance está muito clara na legislação, de modo que deve prevalecer até o trânsito em julgado da condenação, sendo vedada a execução da pena na pendência de qualquer recurso, incluindo o REsp e o RE. Assim, é de fácil conclusão que esse direito deve ser aplicado quando o réu recorrer ao tribunal, até porque "numa democracia, as pessoas têm, pelo menos, um forte direito moral *prima facie* a que os tribunais imponham os direitos que o legislativo aprovou" (DWORKIN, 2000, p. 14). Nessa linha, segue o exemplo citado por Dworkin (2000, p. 147) que pode servir como analogia para o presente caso:

"(...) uma vez que o Congresso especificou quem tem direito a benefícios da seguridade social, as pessoas que o Congresso designou têm direito a esses benefícios. Decorre daí que há um fator de injustiça no dano ocasionado a essas pessoas quando elas são privadas erroneamente de seus benefícios, um fator de injustiça que não pode ser detectado por nenhum cálculo utilitarista (...).

Assim, uma vez que o Congresso especificou que as pessoas têm o direito de não serem consideradas culpadas e, conseqüentemente não serem presas, até o trânsito em julgado, esse benefício se concretiza como um princípio e privar as pessoas desse direito constitui um fator de injustiça que não pode ser permitido por nenhuma estimativa utilitarista.

Os argumentos de que "ninguém entende como o réu entra inocente no STF", ou de que isso leva a um "descrédito da sociedade no sistema de Justiça", ou de que se instala "um quadro de impunidade", dentre outros, não são aptos a justificar o esgotamento da presunção de inocência, que consagra verdadeiramente um princípio. Nesse sentido, Dworkin (2003, p. 265-266) reitera que "uma concepção do direito erigida sobre o princípio interpretativo da integridade deixa muito menos espaço para argumentos práticos desse tipo ao estabelecer direitos constitucionais substanciais".

Os direitos constitucionais, que chamamos de fundamentais, representam direitos, no sentido forte, contra o governo. Se o governo violar esses direitos, estará cometendo um erro grave, mesmo que esteja convencido de que a maioria ficaria em melhor situação. O Estado pode até "ignorar" esses direitos em determinadas situações muito específicas, para evitar uma catástrofe, por exemplo. O que ele não pode fazer é justificar essa atitude por meio de razões de pouco peso, como através da afirmação de que seu ato provavelmente produzirá, no cômputo geral, um benefício para a comunidade (DWORKIN, 2010). Tal justificativa esvazia a acepção da palavra "direito" em seu sentido forte, conferindo-lhe natureza política.

Seria possível entender que o princípio da presunção de inocência, da forma como delineado no art. 5º, LVII, da CRFB/88 e no art. 283 do CPP, concretizou-se no ordenamento e prevalece até o trânsito em julgado, de modo que a reivindicação de sua aplicação pelo réu constitui direito seu, já que a lei o transformou em uma questão de princípio, mesmo que eventualmente sua criação tenha se dado por questões de política.

Mas, mesmo que se rejeitasse essa ideia e se entendesse que o HC 126.292 e as ações declaratórias 43 e 44 tratavam-se de um *caso difícil*, em que a solução poderia, em tese, ser solucionada por princípio ou por políticas, a defesa de Dworkin é que a decisão judicial deve ser gerada pelos princípios, voltadas à proteção dos

direitos individualmente assegurados, e não por meio de uma argumentação estratégica:

Referências ao interesse do público pela revelação ou pela justiça somente fazem sentido como referências disfarçadas e enganosas aos direitos individuais (...). Pois o público realmente tem um interesse inequívoco, do tipo que poderia ser detectado em alguma análise utilitarista, pela eficiência dessas instituições. (...) Mas se uma regra promovesse um alto grau de exatidão, mas custasse muito à comunidade, a abstenção de adotar essa regra seria compatível com uma estimativa muito alta do risco de injustiça (DWORKIN, 2000, p. 139-141).

No caso, existem dois preceitos que, lidos em conjunto, são muito claros quanto ao alcance da presunção de não culpabilidade e a execução provisória da pena. O art. 5º, LVII, da CRFB/88 e o art. 283 do CPP definem que o indivíduo será considerado inocente até o trânsito em julgado e que a prisão somente poderá ocorrer quando não houver nenhuma decisão pendente de recurso. Logo, mesmo que haja uma redução na eficiência do Judiciário, a abstenção de adotar a lógica estipulada por esses dispositivos deflagra um alto risco de injustiça.

O que a maioria dos Ministros do Supremo entendeu foi que o art. 283 do CPP, em regra, exige o trânsito em julgado para a eficácia dos provimentos jurisdicionais condenatórios em geral, mas que existe uma outra interpretação, a única que se alinha à Constituição, segundo a qual o efeito meramente devolutivo dos recursos especial e extraordinário excepciona a regra geral do art. 283 do CPP, permitindo o início da execução quando o provimento condenatório for proferido por Tribunal de Apelação. Essa foi a conclusão a que chegaram os Ministros. Os argumentos utilizados para tanto, já vimos que foram fortemente pragmáticos.

Como bem apontado pela Ministra Rosa Weber, ao adotar esse novo entendimento, o STF passa a interpretar a Constituição à luz das normas infraconstitucionais, quando deveria ocorrer o contrário, em razão da supremacia da Constituição.

O professor Lenio Luiz Streck teceu crítica ao resultado do julgamento das ações declaratórias, ressaltando que, se afastada a interpretação do art. 283 do CPP que impede o início da execução da pena até o trânsito em julgado, como fizeram os Ministros, nada resta do dispositivo. Alegou que:

Para a Corte não aplicar o artigo 283, a sua maioria tem (teria) de dizer que esse artigo vai contra a Constituição. No todo ou em parte. Por isso existe a

ADC. O que o Supremo não pode fazer é, ao mesmo tempo dizer que ele vale e que ele não vale, quer dizer, "ele vale se lido em conformidade com a Constituição".⁵³

O professor também defendeu que, a partir da diferenciação entre julgamento por princípios e por política, de que fala Dworkin, "nitidamente o STF, por sua maioria, fez um julgamento por política, conforme se vê nas argumentações. Disseram como deve ser o Direito Penal. E não como ele é a partir do que o parlamento votou"⁵⁴.

O Ministro Gilmar Mendes trouxe para o Judiciário a tarefa de acabar com o sistema institucional de criminalidade existente no Brasil, enquanto o Ministro Teori (p. 20-21) afirmou que "cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo - único meio de efetivação do *jus puniendi* estatal -, resgate essa sua inafastável função institucional", devendo ser harmonizado o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado.

Porém, na visão dworkiniana, "a promoção do bem-estar da comunidade é um problema que deve ser resolvido pelos agentes políticos eleitos para tanto que a definem de maneira geral, não por juízes que decidem casos particulares" (GALVÃO, 2012, p. 113). Então, essa tarefa que os Ministros arrastaram para o Judiciário, é, em verdade, uma tarefa do Legislativo. O dever dos juízes é o de assegurar, a todo custo, o direito de um réu criminal a um julgamento justo (DWORKIN, 2000, p. 566).

Percebe-se, então, que os votos dos Ministros que proferiram a tese vencedora nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 foram fortemente marcados por uma argumentação pragmática, de índole política, tendo por base as consequências positivas de sua interpretação para a sociedade, distanciando-se do ideal defendido por Dworkin.

O viés estratégico adotado na decisão simbolizou grande afronta à separação dos Poderes, à democracia e à Constituição brasileira. Espera-se que o Poder Judiciário atue como guardião, e não como violador, dos direitos fundamentais,

⁵³ STRECK, Lenio Luiz. **Supremo e a presunção da inocência**: interpretação conforme a quê? Revista ConJur, 07 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-out-07/streck-stf-presuncao-inocencia-interpretacao-conforme>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

⁵⁴ Ibidem.

assegurando a todos os direitos individuais previstos no ordenamento jurídico, nos termos firmados pelo Poder Legislativo.

Assim, a construção dos votos dos Ministros que constituíram a tese majoritária permite inferir que o princípio da presunção de inocência foi violado por meio de razões que, de modo algum, justificam a afronta a esse direito fundamental, tendo sido utilizada uma estratégia política para beneficiar a comunidade e esvaziar o direito constitucional de ser considerado inocente até o trânsito em julgado.

Portanto, conclui-se que a decisão do Supremo nas cautelares das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 foi contrária à teoria de Dworkin, que remonta ao ideal do direito como integridade, assumindo que o correto é que os julgamentos de casos controvertidos sejam baseados em argumentos de princípio - que representam os direitos individuais dos cidadãos -, e não em argumentos de política - que exigem que uma decisão promova alguma concepção do bem-estar geral ou do interesse público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presunção de inocência sempre surgiu como uma reação a Estados autoritários, caracterizados por cercear fortemente os direitos individuais de seus cidadãos. Na esfera global, teve sua primeira manifestação após a Revolução Francesa, rompendo com o modelo inquisitivo do processo penal predominante à época. No Brasil, o princípio ganhou seus primeiros contornos com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, vindo a ser trabalhado pela doutrina e jurisprudência, apesar de ainda não haver previsão normativa no direito interno.

Apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que representou o grande marco para a instalação de um Estado Democrático de Direito no Brasil, a presunção de inocência foi expressamente prevista como um princípio no ordenamento jurídico brasileiro. Num país marcado por um histórico autoritário e ditatorial, a presunção de não culpabilidade representou uma conquista do indivíduo frente aos poderes do Estado. A proteção dos inocentes revelou-se, a partir de então, como uma nova prioridade, mesmo que ao custo de eventualmente se deixar de punir algum culpado, atribuindo ao sistema um caráter garantista.

Nesse cenário, o constituinte originário optou pelo trânsito em julgado como marco temporal para o fim da presunção de não culpabilidade, o que significa que enquanto cabível algum recurso, o acusado haverá de ser considerado inocente. Mesmo que os tratados internacionais ratificados pelo Brasil estabeleçam a comprovação da culpa como termo final da presunção de inocência, deve-se considerar, para tanto, no Brasil, o trânsito em julgado, que foi instituído constitucionalmente, na medida em que os direitos humanos não podem sofrer interpretação reducionista, além de que os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos e são aprovados pelo procedimento legislativo ordinário assumem uma posição de supralegalidade, mas de infraconstitucionalidade .

Com o propósito de harmonizar o processo penal com a Constituição, o legislador optou por alterar, em 2011, a redação do art. 283 do Código de Processo Penal, vedando expressamente a possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado, excetuadas as de natureza cautelar. Assim, tanto a legislação brasileira constitucional, como a infraconstitucional, proíbem a execução provisória da pena.

A posição do Supremo Tribunal Federal atinente à execução provisória da pena privativa de liberdade varia desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. Inicialmente, entendia-se que essa era permitida, tendo em vista o efeito meramente devolutivo dos recursos especial e extraordinário. Em 2009, com o julgamento do *Habeas Corpus* 84.078, os Ministros mudaram de entendimento, sedimentando a impossibilidade da execução antes do trânsito em julgado, em razão do princípio da presunção de inocência, previsto na Constituição Federal. Entretanto, em 2016, a Corte Suprema, ao julgar o *Habeas Corpus* 126.292 e as cautelares das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, voltou a adotar o posicionamento vigente até 2009, permitindo a execução provisória da pena a partir da condenação em segunda instância.

A contradição, levantada pelo Min. Rel. Eros Grau no julgamento do HC 84.078, acerca da pena de multa e da pena restritiva de direitos, voltou a vigorar, pois estas só podem ser executadas após o trânsito em julgado, por força do art. 50 do Código Penal e dos arts. 147 e 164 da Lei de Execução Penal, enquanto a pena privativa de liberdade, por força do novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, pode ser executada em momento anterior. O Supremo escolheu, portanto, dar maior proteção à propriedade que à liberdade, apesar de que o tempo cumprido pelo réu nunca mais poderá ser devolvido e nenhuma indenização fará jus ao sofrimento decorrente de uma prisão.

Ademais, o efeito meramente devolutivo dos recursos especial e extraordinário tem previsão na legislação ordinária, e utilizá-los como argumento para reduzir o alcance da presunção de inocência viola diretamente o princípio da supremacia da Constituição.

Dentre todos os entendimentos do STF até então firmados, este último foi o mais incoerente, tendo em vista a nova redação do art. 283 do Código de Processo Penal, que foi dada em 2011 pelo Legislativo, proibindo expressamente a prisão antes do trânsito em julgado. O novo posicionamento do Supremo também é inadequado quando posto à luz da teoria de Dworkin.

As razões que levaram a essa guinada jurisprudencial evidenciam que a decisão do STF não poderia ser considerada legítima, já que, para o autor, o tribunal deve decidir com base em argumentos de princípio, e não em argumentos de política. As decisões que buscam promover o bem-estar geral a partir de cálculos

estratégicos e utilitaristas devem ser tomadas, segundo Dworkin, pelos representantes democraticamente eleitos, sob pena de se violar o princípio da igualdade de participação.

O autor defende uma comunidade de princípios, na qual os membros se veem ligados por uma rede de valores em comum, sendo este o único modelo capaz de aceitar o ideal da integridade. A integridade deve persistir tanto na elaboração da legislação, como na deliberação judicial. O direito como integridade e a comunidade de princípios se alinham à concepção do Estado de Direito centrada nos direitos, segundo a qual os juízes, ao decidirem casos controversos, devem se ater a esses postulados, afastando-se dos argumentos de política, que são típicos do Poder Legislativo.

Para o Estado de Direito centrado nos direitos, a justiça decorre dos direitos morais, que devem, em regra, estar retratados no texto legal. Quando esses direitos não estiverem positivados, o juiz deve determinar se o queixoso tem o *direito moral de fundo* de receber aquilo que demanda. A presunção de inocência não apenas constitui um direito moral da nossa comunidade, tendo em vista todo o histórico de luta contra a repressão estatal que resultou em sua implementação, como se concretiza, também, como um direito positivado no ordenamento jurídico brasileiro.

Após a materialização dos direitos individuais pelo Poder Legislativo, o Judiciário fica obrigado a aplicá-los no caso concreto, pois eles se tornam uma questão de princípio e não mais de política, de modo que o indivíduo tem um *direito a vencer*, mesmo que isso implique um custo geral à comunidade.

Dessa forma, a presunção de inocência deveria ter sido respeitada no julgamento pelo Supremo do HC 126.292 e, conseqüentemente, nas cautelares das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, por estar expressamente previsto na legislação, além de estar em harmonia com os demais princípios que regem a comunidade política. Entretanto, mesmo que se entendesse que se tratava de um caso difícil, em que a legislação é nebulosa ou omissa, o caso deveria ter sido decidido com base em argumentos de princípio, ao contrário do que ocorreu.

Sabe-se que as decisões anteriores são de suma importância no direito como integridade, que traz consigo a metáfora do *romance em cadeia*, na qual os juízes devem manter o histórico jurisprudencial coeso. A mudança em relação ao

precedente só se justifica quando verificado que este era baseado em argumentos de política, de modo que o tribunal estaria apto a alterar o posicionamento para manter a coerência do sistema, proferindo nova decisão com base em argumentos de princípio.

No entanto, observa-se que ocorreu justamente o contrário. A decisão do STF no julgamento do HC 84.078, que prevalecia desde 2009, tinha por base argumentos de princípio, pois os Ministros ajustaram a jurisprudência aos termos do art. 5º, LVII, da Constituição, garantindo aos indivíduos o direito de serem considerados inocentes até o trânsito em julgado. Já em 2016, no julgamento do HC 126.292 e das cautelares das ADC's 43 e 44, a Corte Suprema se distanciou do precedente para reduzir o alcance do princípio da presunção de não culpabilidade com base em argumentos de política.

Assim, foi traçado um objetivo: garantir maior efetividade à jurisdição penal e reduzir a sensação de impunidade existente no Brasil, o que viria a conferir maior credibilidade ao sistema de justiça criminal. A estipulação de um objetivo, que visa o bem estar da coletividade, evidencia a índole política da argumentação dos Ministros.

Dessa forma, a tese firmada, de que a única interpretação do art. 283 do CPP capaz de se harmonizar à Constituição Federal de 1988 é aquela que estipula a condenação em segunda instância como termo final da presunção de inocência, foi resultado de uma ponderação da presunção de não culpabilidade, um direito garantido pelo constituinte e pelo legislador, em detrimento da efetividade da jurisdição penal, que sequer pode ser considerada um "princípio" pela ótica dworkiniana. A relativização da presunção de inocência só foi autorizada pelo legislador nas hipóteses de prisão em flagrante e prisão cautelar, de forma que o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado, à exceção dessas circunstâncias, configura incontestável ilegalidade.

O Poder Judiciário somente poderia determinar a execução da pena a partir da condenação por tribunal de segundo grau se houvesse uma intermediação do Poder Legislativo nesse sentido, por intermédio da edição de um ato normativo ou de uma emenda constitucional. O intuito buscado pelo Supremo depende da reformulação do sistema recursal do processo penal, o que só pode ser feito pelos

membros do Legislativo. A tarefa dos tribunais é a de garantir os direitos fundamentais nos casos que lhe são apresentados, e não de violar esses direitos.

Assim, o Supremo Tribunal Federal, ao utilizar-se de argumentos de política para decidir o HC 126.292 e as cautelares das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, deixou de agir como um *fórum de princípio* e agiu como verdadeiro fórum político, adotando razões típicas do Poder Legislativo e contrariando toda a teoria de Ronald Dworkin, para o qual a justiça é uma questão de direito individual e não de bem público.

Nesse sentido, conclui-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal nas cautelares das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 não pode ser considerada legítima à luz da teoria de Dworkin, por ter se fundado em argumentos de política, e não em argumentos de princípio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Flavio Augusto. **Presunção de inocência e direito penal do inimigo**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2013.

ARABI, Abhner Youssif Mota. **A tensão institucional entre judiciário e legislativo: controle de constitucionalidade, diálogo e a legitimidade da atuação do Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Editora Prismas, 2015.

_____. Onda punitivista e supercriminalização do combate à corrupção. **Revista Jurídica CONSULEX**, Ano XX, p. 34-36, n. 475, 1º Nov. 2016.

_____. **O processo não é problema, é garantia**. O casuísmo é que é o problema. Revista ConJur, 05 de abril 2015, disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-05/abhner-arabi-casuismo-nao-processo-problema>>, acesso em 13 Out. 2016.

BATISTI, Leonir. **Presunção de inocência: apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e Constituições do Brasil e Portugal**. Curitiba: Juruá, 2009.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Alexis Augusto Couto Brito, São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **O retorno da execução provisória da pena: os porretes de Eros Grau**. Revista ConJur, 23 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-23/direito-defesa-retorno-execucao-provisoria-pena-porretes-eros-grau>>. Acesso em 13 nov. 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3a ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

_____. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito**. 2012. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. doi:10.11606/T.2.2012.tde-29082013-113523.

GOMES, Luiz Flavio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários À Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. Revista dos Tribunais, 2008.

LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARCÃO, Renato. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal I**. 18. ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as leis n. 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014.

PELUSO, Cezar. **Presunção de inocência**: é preciso entender a grandeza do princípio. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 21. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/52364>>. Acesso em: 27 out. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Supremo e a presunção da inocência**: interpretação conforme a quê? Revista ConJur, 07 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-out-07/streck-stf-presuncao-inocencia-interpretacao-conforme>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

_____. **Interpretação conforme em declaração positiva de constitucionalidade?** Revista ConJur, 29 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-out-29/observatorio-constitucional-interpretacao-conforme-declaracao-positiva-constitucionalidade>>. Acesso em 22 nov. 2016.